This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

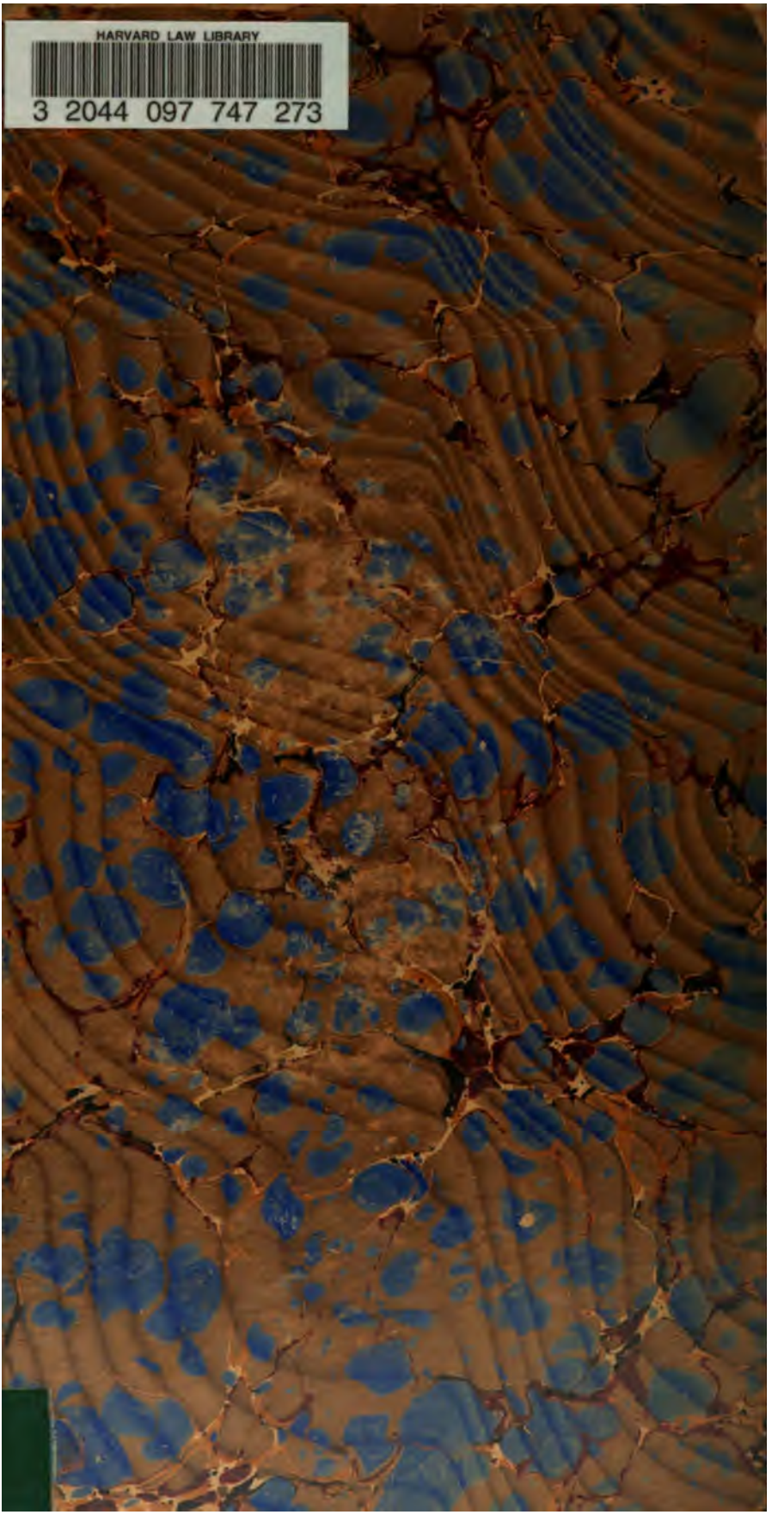
+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

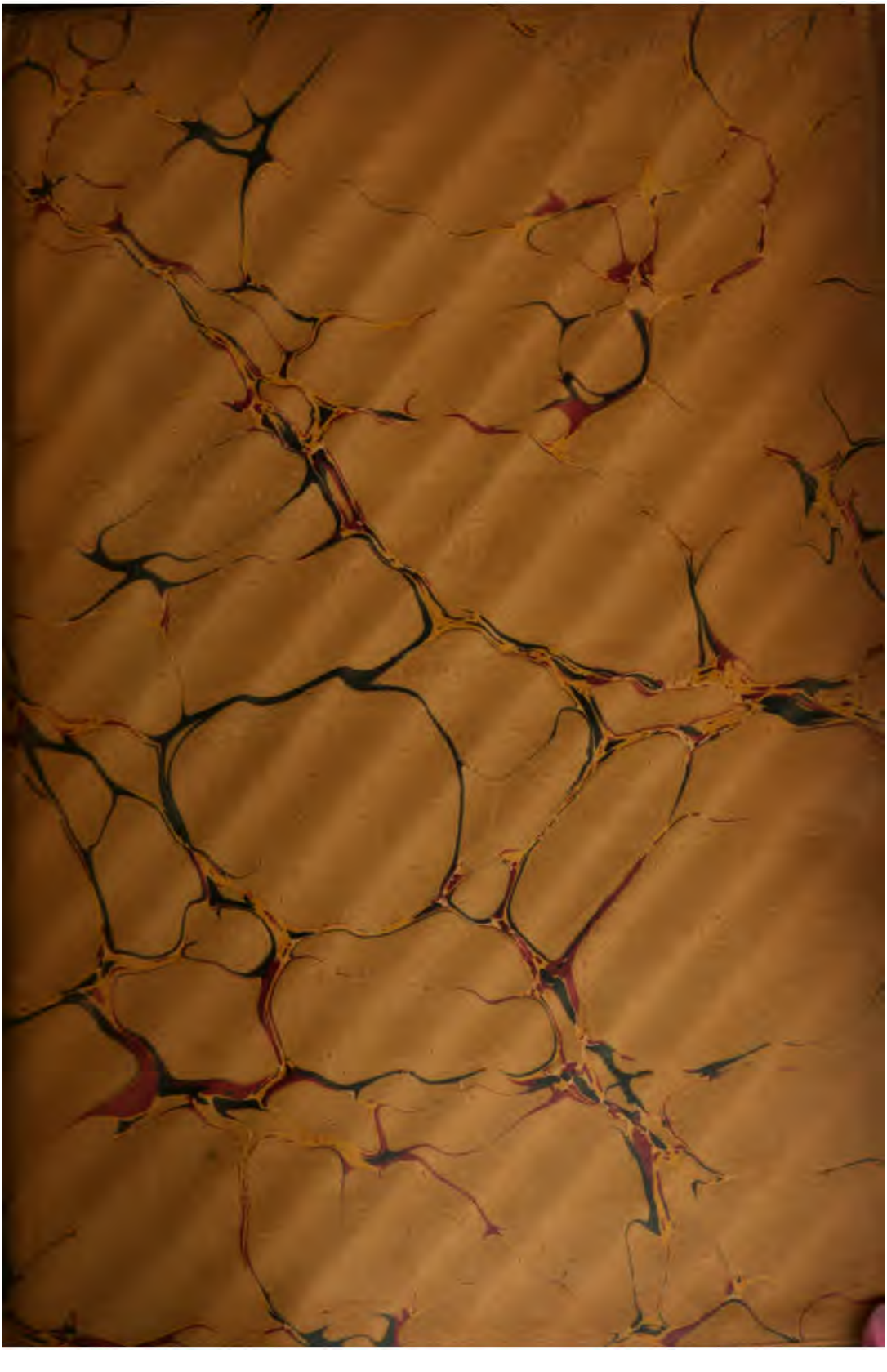
Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.


HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 747 273

HARVARD LAW LIBRARY.

Received March 11, 1899



Das Notherbenrecht

von

Dr. Franz Schröder.

Das

Notherbenrecht.

Eine civilistische Abhandlung

von

Dr. Franz Schröder,
Privatdocenten an der Züricher Hochschule.

Erste Abtheilung: Das Recht vor der Novelle 115.

Heidelberg,
Carl Winter's Universitätsbuchhandlung.
1877.

ROMAN
919
SCHRO
1877

Rec. March 11, 1899

Vorwort.

Ein Unternehmen, das gesammte Notherbenrecht darzustellen, bedarf nicht allein der Rechtfertigung gegenüber der größeren Zahl ausgezeichneter Bearbeitungen der ganzen Lehre, sondern vor Allem gegenüber den neuesten gediegenen Schriften von Ad. Schmidt über das formelle Recht der Notherben sowie von Leist (in der Fortsetzung von Glück's Commentar) über die bonorum possessio contra tabulas. Der Grund, um dessen willen ich das vorliegende Buch veröffentliche, liegt im Pflichttheilsrecht. So Bedeutendes auch die Bearbeitungen von Francke und Mühlenbruch auf diesem Gebiete geleistet haben, so erschien doch bei dem heutigen Stande der Wissenschaft eine abermalige Entwicklung dieser Disciplin veranlaßt. Seit jenen Arbeiten ist bei einer Reihe einzelner Lehren des Pflichttheilsrechts in monographischen Untersuchungen, in neueren Lehrbüchern und in Rechtssprüchen oberster deutscher Gerichte eine Fülle neuer, werthvoller Gedanken zu Tage gefördert: diese verlangten dringend eine zusammenfassende Darstellung, vielfach auch eine abermalige Beleuchtung. Eine Vertiefung zahlreicher Rechtsgrundsätze, zumal aus dem Bereiche der Querel, hat auch Ad. Schmidt's erschöpfende Darstellung des Pflichttheilsrechts des Patrons und des Parens Manumissor ermöglicht. Durfte ich mich aber hiernach zu einer Bearbeitung des materiellen Notherbenrechts aufgefordert fühlen, so war auch mit Rücksicht auf das Recht der Novelle 115 ein Eingehen auf das formelle Notherbenrecht geboten: eine abgesonderte Entwicklung des neuesten Pflichttheilsrechts, die sich von der Unterlage des formellen Notherbenrechts loslösen wollte, schien mir unausführbar. Bietet nun auch der gegenwärtige erste Theil meiner Schrift nur das Recht vor der Novelle 115, so wird man doch schon hier überall die Fundamente für die Entwicklung des Novellenrechts gelegt finden. Daß eine Darstellung des formellen Notherbenrechts nur wenig Neues zu geben vermag, habe ich mir

von vornherein gesagt: mein Bemühen ist hier hauptsächlich darauf gerichtet gewesen, alle einzelnen Rechtslehren in das Licht des richtigen systematischen Gesichtspunkts zu stellen.

Dafür, daß ich bei meiner Arbeit redlich nach Erforschung der Wahrheit gerungen habe, wird hoffentlich die Schrift selbst Zeugniß legen. Und wo ich fehl gegangen bin, wie das oft geschehen sein mag, hoffe ich wenigstens zur Verfolgung neuer Aufgaben, die das Notherbenrecht in so reichem Maße stellt, Anregung gegeben zu haben.

Zürich, am 5. Juni 1877.

Inhalt.

Einleitung. § 1. (S. 1—7). I. Ausgangspunkt: die freie Verfügungsbefugniß des Erblassers (S. 1). — Beschränkungen: A. Das formelle Notherbenrecht des civilen und des prätorischen Rechts (S. 1. 2). B. Das materielle Notherbenrecht (S. 2. 3). — Gesetzgebung Justinian's: Nov. 115 und vorausgehende Gesetze (S. 3). II. Stellung der Bildungen des Notherbenrechts gegenüber den Successionsgründen. (S. 3—6). — Frage, ob dem Notherbenrecht eine eigenthümliche Erbberechtigung entspricht (S. 6. 7).

Abschnitt I. Das formelle Recht der Notherben.

Erster Theil: Das *jus civile*.

A. Begriff und Wesen des formellen Notherbenrechts. — Berechtigte Personen.

§ 2. 1. Allgemeines. Regel des Notherbenrechts. — Präterition. — Zeit der Delation der Erbfolge. (S. 8. 9).

§ 3. 2. Personen, welche am formellen Notherbenrecht Theil haben. Von Anfang an lebende sui. Postumi. (S. 9—11). Diejenigen, welche postumorum loco sind (S. 11—14).

3. Folgen der Präterition.

§ 4. a. Einfluß auf die Geltung des Testaments im Allgemeinen. I. Lebender Haussohn. (S. 14. 15). II. Postumi. (S. 15). Erklärung der bei Beiden maßgebenden Grundsätze (S. 15—17). — III. Accrescenzerben (S. 17—19).

§ 5. b. Einfluß auf die Geltung des Testaments beim Vorhandensein mehrerer Grade. I. Lebende Notherben (S. 19—21). II. Postumi (S. 21—24). — Erklärung des Satzes, daß das Erscheinen des Postumus alle Grade vernichtet (S. 24—28). Gilt der Satz auch bei Einsetzung des Postumus in einem späteren Grade? (S. 28).

§ 6. c. Rechtliche Wirkungen der Möglichkeit demnächstiger Vernichtung des Testaments durch einen Postumus. Das erwartete Erscheinen des Postumus ist theils Delations-, theils Erwerbshinderniß (S. 28—30). Delationshinderniß bei testamentarischer Erbfolge (S. 30). A. Die Regel S. 31. B. Bonor. poss. decretalis der eingesetzten Notherben (S. 31—33).

B. Geschichtliches über die Entwicklung des civilen (formellen) Notherbenrechts.

§ 7. 1. Der Entwicklungsgang und die treibenden Gedanken. I. Der Satz: postumi adgnatione testamentum rumpitur, (S. 34 f.). II. Entwicklungsſtufen im Notherbenrecht (S. 35 f.). III. Zeit der Entſtehung der Regel des formellen N.-E.-Rechts (S. 36 f.). IV. Grund der Regel (S. 37—43). — Formulirung des Gedankens des formellen N.-E.-Rechts (S. 43—45).

§ 8. 2. Die Entwicklung der Grundſätze über die Einſetzung der Poſtumi. I. Poſtumi, welche nach dem Tode des Erblaſſers geboren werden. (S. 45—50). II. Die nach der Teſtamentserrichtung beim Leben des Erblaſſers gebornen Poſtumi (S. 50—52). III. Solche, welche postumorum loco ſind (S. 52—60).

C. Das Einzelne über die Einſetzung und Enterbung der Notherben.

§ 9. 1. Von der Einſetzung im Allgemeinen. (S. 61. 62).

§ 10. 2. Bedingte Einſetzung. I. Aufſchiebende Bedingung: A. Beim Hausſohn (S. 63—73). B. Beim Poſtumus (S. 73). C. Bei Accrescenzerben (S. 73. 74). II. Unerlaubte und unmögliche Bedingungen (S. 74—79).

§ 11. 3. Von der Enterbung im Allgemeinen. Ungünſtige Behandlung der Enterbung (S. 79—81). Form derſelben (S. 81—83). Erforderniß des Willens (S. 83—86).

§ 12. 4. Fehlerhafte Beſchränkung der Enterbung. A. Bedingte Enterbung (S. 86. 87). B. Enterbung, die ſich nicht auf die ganze Erbſchaft erſtreckt (S. 87—89). C. Zeitliche Beſchränkungen der Enterbung (S. 89—93). — Reſultat für die Frage der ungünſtigen Behandlung der Enterbung (S. 93. 94).

§ 13. 5. Verhältniß der Enterbung zu einer Mehrheit von Graden. I. Nachträgliches Fehlerhaftwerden der Enterbung (S. 94 f.). II. Auf welche von den mehreren Graden bezieht ſich eine ausgeſprochene Enterbung? (S. 95—99). Bemerkung wegen des Novellenrechts: S. 100.

§ 14. D. Milderungen des civilen Notherbenrechts durch die *b. p. secundum tabulas*. I. Der übergangene Hausſohn abſtinirt (S. 100—102). II. Ein übergangener Poſtumus ſtirbt wieder vor dem Erblaſſer (S. 102). III. Ein zur Zeit der Teſtamentserrichtung lebender Hausſohn iſt übergangen, ſtirbt aber vor dem Erblaſſer (S. 102—108).

Zweiter Theil: Das prätoriſche Recht.

§ 15. I. Begriff der prätoriſchen Notherbfolge (S. 109. 110).

§ 16. II. Geſchichtliches über die *bonor. possessio contra tabulas*. I. Zeit der Entſtehung (S. 110—116). II. Aelteſte Anwendung (S. 116—120).

§ 17. III. Perſonen, welche an der prätoriſchen Notherbfolge Theil haben. 1. Die sui (S. 120). 2. Emancipirte, — in Adoption Gegebene und dann Emancipirte. Verwandte Fälle (S. 120—122). 3. Auf andere Weiſe aus der Gewalt Geſchiedene (S. 122). 4. Die mit der Civität Beſchenkten (S. 123). 5. Eintritt des Erzeugers in eine fremde Familie (S. 123). 6. Abweichende Behandlung von Fällen, die ſich an die Adoption anlehnen (S. 123 f.).

IV. Vorausſetzungen der prätoriſchen Notherbfolge.

§ 18. A. Geeignete Inteſtaterbberechtigung *in concreto*. Ueberſicht. — Ein-

wirkungen der Adoption (S. 124 f.). — Das Edict de conjungendis cum emancipato cet. (S. 125—127).

§ 19. B. Präterition. I. Erforderniſſe der Erbeseinſetzung (S. 127—131). II. Desgl. der Enterbung (S. 131 f.).

§ 20. C. Verletzung durch ein mindeſtens nach prätoriſchem Recht gültiges Teſtament (S. 132. 133).

§ 21. D. Delation und Erwerb der prätoriſchen Notherbfolge. *Bonor. poss. commisso per alium edicto.* I. Zeit der Delation, insbeſondere bei einer Mehrheit von Graden (S. 134—136). II. Subjective Ausdehnung der Delation, insbeſondere b. p. commisso per alium edicto (S. 136—140). III. Erwerb (S. 140).

§ 22. Anhang. Erlöſchen der prätoriſchen Notherbenberechtigung. I. Ausſchlagen (S. 140—143). II. Verluſt der Erbfähigkeit, — der Eigenſchaft eines der liberi. III. Verſäumung der Agnitionsfriſt. (S. 143 f.). V. Weſen und Wirkungen der prätoriſchen Notherbfolge.

§ 23. A. Verhältniß der *bon. poss. contra tabulas* zum letzten Willen. Die herrſchende Anſicht über den Einfluß auf das Teſtament; widerſprechende Anſicht von Leiſt (S. 144—149). Rechtsmittel des Notherben gegen den Teſtamentserben (149—152). Rechtsverhältniß unter den mehreren prätoriſchen Notherben (S. 152 f.).

§ 24. B. Verhältniß der *bon. poss. contra tab.* zu den Succeſſionsgründen. Die Grundlage iſt die geſetzliche Erbfolge; dabei bleibt Aufrechterhaltung einer Reihe letztwilliger Verfügungen möglich (S. 153—155). — Nachweis: A. für die Geſammtnachfolge (S. 155—165); B. für die Nebenverfügungen (S. 165. 166). — Zuſammentreffen verſchiedener Claſſen der bon. possessio (S. 166. 167).

C. Einfluß der *bon. poss. contra tabulas* auf die Vermächtniſſe.

§ 25. 1. Bedeutung des *edictum de legatis praestandis.* Die bei den Vermächtniſſen in Betracht kommenden Perſonen. I. Frage der Gültigkeit der Vermächtniſſe bei der bon. poss. contra tabulas (S. 167—169). II. Perſonen der Vermächtnißnehmer (S. 169—171). III. Perſonen der Beſchwerten (S. 171. 172). Erklärung von l. 22 l. 18 D. de legat. praest. 37. 5 (S. 172—175).

§ 26. 2. Vermächtnißleiſtung bei einer Mehrheit von Graden, — bei einer Mehrheit von Notherben in verſchiedener Rechtsſtellung. I. Ungleiches Verhältniß einerſeits der bon. poss. contra tabulas, anderſeits der Vermächtnißleiſtung zu einer Mehrheit von Graden (S. 175—179). II. Vermächtnißleiſtung bei einer Mehrheit von Notherben in verſchiedener Rechtsſtellung (S. 179—182).

§ 27. 3. Uebertragung auf Schenkungen auf Todesfall (S. 182) und auf Erbtheile. A. Ausdehnung der Uebertragung bei Erbtheilen (S. 183. 184). B. Juriſtiſche Natur der conſervirten Erbtheile von conjuncti (S. 185. 186). C. Verſchiedenes Maß der Haftung eingeſetzter Notherben und einfacher excepti bei Vermächtniſſen (S. 186—189). Schickſal des durch den Wegfall von Vermächtniſſen erſparten Werths (S. 189—191).

§ 28. 4. Maß der Erhaltung der letztwilligen Zuwendungen. I. Wie weit reicht bei Erbtheilen die Schranke der portio virilis? (S. 191—194). II. Wie weit bei Vermächtniſſen? (194—196).

§ 29. D. Einfluß auf ſonſtige Nebenverfügungen. I. Freilaſſungen (S. 196. 197). II. Vormundsernennungen (S. 197. 198). III. Pupillarſubſtitutionen. Vermächtnißleiſtung des Subſtituten (S. 198—203).

§ 30. E. Die Collation. Natur der Rechtsregel (S. 203 f.). I. Emancipirtencollation (S. 204—207). II. Dotalcollation der Haustochter (S. 207). — Grund der Unvollkommenheit des Zwangs zur Collation (S. 209—212).

Dritter Theil: Aenderungen des formellen Notherbenrechts durch Juſtinian, vor der Novelle 115.

§ 31. 1. l. 3 C. de lib. praet. 3. 28 (S. 213). 2. l. 4 C. eod. (S. 213. 214). 3. Vorläufiges über das Verhältniß der l. 30 C. de inoff. test. 3. 28 zur Nov. 115. (S. 214. 215).

Abſchnitt II. Das Pflichttheilsrecht.

Vorbemerkungen, § 32. (S. 216—225). I. Darſtellung des Bedürfniſſes, welches die Querel erzeugt hat. — Juſtinian's Neuerungen bei unzulänglicher Bedenkung (S. 216. 217). II. Natur der Berechtigung beim Pflichttheilsrecht (217—218). III. Beſonderes Pflichttheilsrecht: A. für den Patron (S. 218—221). B. für den parens manumissor (S. 221—224). IV. Ueberſicht des Folgenden (S. 224 f.).

Erſter Theil: Subjective Vorausſetzungen der Pflichttheilsberechtigung.

I. Perſonen mit Pflichttheilsberechtigung.

§ 33. A. Deſcendenten. Einleitendes über die drei Claſſen der Deſcendenten, Aſcendenten und Geſchwiſter. Zuſammenhang mit dem Satze, daß die Form der Bedenkung gleichgültig iſt. (S. 226—229). A. Deſcendenten (S. 229—240). Insbeſondere uneheliche Kinder, Kinder aus Putativehen, Legitimirte (S. 229. 230). Die in Adoption gegebenen Kinder (S. 230—239). Arrogirte (S. 239. 240).

§ 34. B. Aſcendenten: A. Nachlaß des Hauskinds (S. 240—244). — B. Nachlaß gewaltfreier Kinder (S. 244—248). — C. Nachlaß der in Adoption gegebenen Kinder (S. 248—257). Arrogirte (S. 257).

§ 35. C. Geſchwiſter. Geſchichtliche Entwicklung (S. 257—260). Vorausſetzung: Vorzug beſcholtener Perſonen (S. 260. 261). Ausſchließung der uterini (S. 261—263). Vereinzelter Widerſpruch gegen die Annahme wirklicher Pflichttheilsberechtigung der Geſchwiſter (S. 263. 264).

§ 36. II. Weitere ſubjective Vorausſetzungen. I. Erbfähigkeit (S. 265). II. Nächſte geſetzliche Erbberechtigung (S. 265—268). III. Näheres über das Verhältniß der Pflichttheilsberechtigung zur geſetzlichen Erbberechtigung (S. 268—270). IV. Zeitpunkt, nach welchem ſich im einzelnen Fall das Daſein der Pflichttheilsberechtigung entſcheidet (S. 270—274).

Zweiter Theil: Ungerechtfertigte Ausschließung vom Pflichttheil.

§ 37. A. Begriff und Umfang des Pflichttheils. (274—293). Begriff (S. 274 f.). Umfang, insbesondere nach Novelle 18 (S. 275—278). Der Pflichttheil ein Theil des einzelnen gesetzlichen Erbtheils (S. 278 f.). — Einzelfragen: I. Berechnung beim Dasein von enterbten Notherben, — von gesetzlichen Erben ohne Pflichttheilsberechtigung (S. 280—282), von Notherben, die gegenüber dem Erblasser verzichtet haben (S. 282—284). II. Berechnung beim Dasein einer armen Wittwe, — eines Ehegatten, dem eine statutarische Portion gebührt (S. 284—289). III. Berechnung des Pflichttheils der Enkel (S. 289—293).

§ 38. B. Ermittlung des Geldwerths des Pflichttheils. — Erweiterungen und Minderungen. I. Hinterlassung des Pflichttheils als Erbtheil (S. 294). Gewährung in einzelnen Vermögensstücken (S. 294—296). II. Einzelnes über die Berechnung des Vermögens (S. 296—298). Conferenden einzelner Erben (S. 298—300).

C. Zuwendung auf den Pflichttheil und Einrechnung in den Pflichttheil.

§ 39. 1. Zuwendung und Einrechnung. — Zuwendungsformen. I. Unterschied von Zuwendung und Einrechnung. (S. 300—304). Die einzelnen Formen der Gewährung des Pflichttheils: A. Erbeseinsetzung (S. 305. 306). B. Vermächtniß (S. 306 f.). C. Schenkung auf den Todesfall (S. 307). D. Rechtsgeschäft unter Lebenden (S. 307—311). E. Irrthümer über angebliche weitere Formen (S. 311—314). II. Insbesondere Erwerb eines Erbtheils durch Substitution und Anwachsung (S. 314—318). A. Zeitpunkt, bis zu welchem Substitution die Querel ausschließt (S. 318—322). Gewährung des Pflichttheils durch eine bedingte Forderung (S. 323). B. Anwachsung (S. 323 f.). III. Fälle der Einrechnung (S. 324—326).

§ 40. Fortsetzung (Erbtheil aus einer Pupillarsubstitution; andre nicht anzurechnende Erwerbungen). (S. 326—337). 1. Pupillarsubstitution (S. 327. 328). 2. Leistung zur Erfüllung einer Bedingung (S. 329—337).

§ 41. 2. Ausgesetzte Einzelfragen über die Zuwendung und Einrechnung. Gesammtergebniß. I. Schicksal der Zuwendungen, welche die Querel oder Ergänzungsklage nicht abwenden (S. 337—341). II. Zusammenfassung der wesentlichen Merkmale der Zuwendung oder Einrechnung (S. 341—343). Grundsätze über die Zuwendung durch Vermächtniß oder Schenkung einer fremden Sache (S. 343—347).

D. Zulässiger Ausschluß vom Pflichttheil.

§ 42. 1. Aus gerechtem Grunde. I. Behandlung der Ausschließungsgründe vor Nov. 115 (S. 348—350). II. Beweislast rücksichtlich der Ausschließungsgründe (S. 350—354).

§ 43. 2. Ausschließung in wohlmeinender Absicht. I. Fälle der Anwendung und die an diese anknüpfenden Zweifel über die selbständige Na-

tur der exhered. bona mente (S. 354—364). II. Bedingungen einer gültigen Enterbung in wohlmeinender Absicht (S. 364—366). III. Subjective Ausdehnung und IV. Form der exhered. bona mente (S. 366. 367).

Dritter Theil. Folgen einer Verletzung der Pflichttheilsberechtigung.

§ 44. I. Rechtshülfe bei unzulänglicher Zuwendung auf den Pflichttheil. I. Einleitendes, namentlich zur Ergänzungsklage (S. 367. 368). II. Beseitigung von Bedingungen, Befristungen und Beschwerungen: l. 32 l. 36 § 1 C. h. t. — nov. 18 c. 3. l. 8 § 11 D. h. t. (S. 368—373). L. 12 C. h. t. (S. 373—376). III. Entwehrung einer auf den Pflichttheil zugewendeten Sache (S. 376). IV. Singuläre Vorschrift der l. 33 C. h. t. (S. 376 f.).

§ 45. Anhang. Die Socini'sche Cautel. Bedeutung der Cautel und Bedingungen ihrer Gültigkeit (S. 377. 378). Hervorzuhebende besondere Anwendungen (378—381).

II. Die *querella inofficiosi testamenti*.

§ 46. A. Begriff und Wesen der Querel. I. Zweck: Genugthuung für erlittene Kränkung; Mittel: Herbeiführung der gesetzlichen Erbfolge. Rechtssätze, die auf dem Moment der Kränkung beruhen (S. 382—384). II. Verhältniß der Merkmale einerseits der Herstellung gesetzlicher Erbfolge, — anderseits der Kränkung und des color insaniae (S. 385—389). III. Das Erforderniß nächster gesetzlicher Erbberechtigung (S. 389. 390). IV. Person des Beklagten (S. 390—392). V. Erforderniß des Erbschaftserwerbs des Testamentserben (S. 392. 393). VI. Einordnung der Querel in das System des Civilrechts (393—396). Uebersicht des auf die Querel bezüglichen Stoffs. (S. 396).

§ 47. B. Verhältniß der Querel zur Erbschaftsklage. Einleitendes zum Streit über die selbständige Natur der Querel (S. 396 — 398). A. Aeußerungen der Quellen über die regelmäßige Verbindung mit der Erbschaftsklage (zugleich Beweise der Meinung, welche die Selbständigkeit bestreitet): S. 398—403. B. Beweise für die selbständige Natur (S. 403—414). — Nachweis des Bedürfnisses eines selbständigen Rechtsmittels (S. 414—417).

§ 48. Fortsetzung (Querel gegen Besitzer von Theilen der Erbschaft, die nicht Testamentserben zu sein behaupten. — Querel bei Ausschließung aus Irrthum). I. Fälle des Bedürfnisses einer Klage in der ersten Anwendung (S. 417—419). Besprechung der l. 20 D. h. t. l. 49 D. de H. P. 5. 3 (S. 419. 420). l. 7 pr. § 1 D. eod. (S. 420—424). Nähere Bestimmung des Gebiets des betreffenden Anspruchs (S. 424—427). Rechtsmittel des Notherben gegen den besitzenden Vermächtnißnehmer (S. 427 f.). II. Klage bei Irrthum des Erblassers über das Dasein des Notherben (S. 428—430).

§ 49. C. Geschichtliches über die Querel. — Verfahren bei derselben. I. Zeit der Entstehung der Querel (S. 430 f.). II. Processualische Behandlung. (S. 431—434).

D. Wirkungen der Querel.

§ 50. 1. Im Allgemeinen. I. Negative und positive Wirkungen (S. 434 f.). 1. Erbeseinsetzung (S. 435—438). Insbesondere erfolgreiche Klage eines Nichtberechtigten (S. 436 — 438). 2. Vermächtnisse und Freilassungen (S. 438—441). 3. Pupillarsubstitution (S. 441). 4. Codicillarclausel (S. 441. 442).

§ 51. 2. Wirkungen der Querel beim Vorhandensein einer Mehrheit von Pflichttheilsberechtigten oder von Testamentserben. I. Mehrheit von Testamentserben (S. 442. 443). II. Mehrheit von Pflichttheilsberechtigten (S. 443—447).

§ 52. E. Verhältniß der Querel zur Delation und zum Erwerb der gesetzlichen Erbfolge. I. Zur Delation (S. 447—449). II. Zum Erbschaftserwerb (S. 449 f.).

§ 53. F. Anwachsung und Succession bei der Querel. I. Anwachsung. A. Gegenstand: der Erbtheil (S. 450—454). B. Fälle, in denen Anwachsung stattfindet (S. 454—457). — Anwachsung beim Pflichttheilsrecht des Patrons (S. 457—458). II. Succession. Ausdehnung ihres Vorkommens. (S. 458. 459). Voraussetzung: Nichtbedenken des voraufgehenden Notherben; — Fall des Voraufgehens eines gesetzlichen Erben ohne Pflichttheilsberechtigung (S. 459—461). Erklärung der Aufrechthaltung des Ausschlusses des Voraufgehenden (S. 461—463). — Frage nach der Anwendung der successio graduum (S. 463—465). Das in der Succession bei der Querel zu Tage tretende Princip (S. 465. 466).

G. Gründe des Wegfalls der Querel.

§ 54. 1. Verzicht des Berechtigten. A. Nach dem Tode des Erblassers: Verzicht durch Anerkennung des letzten Willens; Grundsätze bei verwandten Instituten (S. 467—472). Substantiirung der Behauptung des Verzichts im Proceß. Einfluß des Rechts der l. 30 C. h. t. (S. 472—474.) B. Verzicht gegenüber dem lebenden Erblasser (S. 474).

§ 55. 2. Verjährung. Geschichtliche Frage nach der Entstehung der fünfjährigen Frist (S. 474. 475). Frage der Verjährung bei der in modum contradictionis zu verfolgenden Querel (S. 476. 477).

§ 56. 3. Tod des Berechtigten. — Fälle des Uebergangs auf die Erben. I. Erlöschen mit dem Tode des Berechtigten; Gründe (S. 477). II. Präparation; bonor. poss. litis ordinandae gratia (S. 477. 479). Fall der Transmission aus l. 34 C. h. t. (S. 479. 480).

§ 57. H. Subsidiarität der Querel. — Erbunwürdigkeit des im Streit Unterliegenden. I. Subsidiarität. Streit, ob relative oder absolute (S. 481—483). Ausnahme im Fall der l. 1 § 6 D. si a parente 37. 12 (S. 483). II. Erbunwürdigkeit (S. 483—485).

§ 58. III. Die Ergänzungsklage. I. Geschichtliches (S. 485—487). II. Justinian's l. 30 C. de inoff. test. 3. 28 über die Ergänzungsklage. A. Von welcher Art die Zuwendung? (S. 487—489). B. Der Fall, wo der Erblasser den Notherben für unwürdig erklärt (S. 489. 490). III. Natur der Klage (S. 490—492). IV. Berechtigte und verpflichtete Personen, ins-

beſondere Mehrheit von Teſtamentserben (S. 492—497). V. Ausſchließung des ſingulären Rechts der Querel (S. 497. 498). VI. Gegenſtand der Klage (S. 498).

Vierter Theil: Verletzung des Pflichttheils durch Rechtsgeſchäfte unter Lebenden.

§ 59. I. Ueberſicht (S. 498 f.). Ausſchließung der bezüglichen Anfechtung bei Erbverträgen, Vermächtniſſen und Schenkungen auf Todesfall (S. 499—502).

II. Die *querella inofficiosae donationis.*

§ 60. A. Weſen derſelben. (S. 503—508).

§ 61. B. Berechtigte und verpflichtete Perſonen. I. Berechtigte Perſonen (S. 508—513). II. Verpflichtete Perſonen (S. 513). — Anſpruch aus l. 5 C. de inoff. donat. 3. 29. (S. 513 f.).

§ 62. C. Vorausſetzungen der *querella inofficiosae donationis.* I. Pflichttheil; Begriff deſſelben (S. 514. 515). II. Verletzung im Pflichttheil: A. Abſicht des Schenkers (S. 515—521). B. Zeitpunkt der Verletzung (S. 521—527).

§ 63. Fortſetzung. (Verletzung bei einer Mehrheit von Schenkungen). S. 527—531.

§ 64. D. Gegenſtand des Anſpruchs. Aeußere Beweiſe für die Beſchränkung auf den Pflichttheil (S. 531—537). Beweiſe der Gegenanſicht (S. 537—539). Erwägung der inneren Gründe (S. 539—541).

§ 65. E. Einzelne eigenthümliche, von der *querella inofficiosi testamenti* herübergenommene Grundſätze: A. Wegfall bei verdientem Ausſchluß (S. 541 f.). B. Gründe eines nachträglichen Verluſts des entſtandenen Querelrechts (S. 542—545). C. Subſidiarität (S. 545 f.).

§ 66. III. Die *querella inofficiosae dotis* und die Verletzung des Pflichttheils durch läſtige Veräußerungsgeſchäfte. I. Querella inofficiosae dotis (S. 547—550). II. Anfechtung läſtiger Rechtsgeſchäfte unter Lebenden (S. 550—552).

Fünfter Theil: Die anomalen Pflichttheilsrechte des arrogirten Unmündigen und der armen Wittwe.

§ 67. A. Pflichttheilsberechtigung des arrogirten Unmündigen. Die Fälle der Enterbung und der Emancipation (S. 552—554). Natur der Berechtigung (S. 554. 555). Verhältniß zum gemeinen Notherbenrecht (S. 555—557). Gründe, die im einzelnen Fall den Anſpruch nicht entſtehen laſſen (S. 557. 558). Actio quasi Fabiana und quasi Calvisiana (S. 558—560).

§ 68. B. Das Pflichttheilsrecht der armen Wittwe. I. Maß der geſetzlichen Erbberechtigung (S. 560). Unterſcheidung zwiſchen Erbſchaft u. Vermächtniß. Unzulängliche Vermächtnißverfügung zu Gunſten der Wittwe. (S. 561). Juriſtiſche Beſtimmung der zu beanſpruchenden Bezüge und Anwendung von Rechtsmitteln zu deren Erlangung (S. 561—565). II. Verkürzung durch Veräußerungen unter Lebenden (S. 565. 566).

Anhang. Das Notherbenrecht bei Pupillarſubſtitutionen, — beim Soldatenteſtament und bei Verfügungen über caſtrenſiſches wie quaſicaſtrenſiſches Vermögen.

§ 69. 1. Frage der Anwendung des Notherbenrechts auf Pupillarsubstitutionen. Classisches Recht (S. 566—570). Recht der Nov. 115 und canonisches Recht (S. 570—572).

§ 70. 2. Das Notherbenrecht in Anwendung auf Soldatentestamente und letztwillige Verfügungen über das castrensische oder quasicastrensische Vermögen. I. Formelles Notherbenrecht beim Soldatentestament (S. 572—574). II. Pflichttheilsrecht beim Soldatentestament (S. 575). III. Pflichttheilsrecht beim peculium castrense und quasi-castrense (S. 575—587). IV. Veränderungen durch die Novellen 115 und 118 (S. 587—591).

Bemerkung über abgekürzte Citate.

1. Von den Lehr- und Handbüchern der Pandekten sind die von Puchta, Vangerow, Sintenis, Arndts, Brinz und Windscheid vielfach nur mit den Namen der Verfasser angeführt. Das Gleiche gilt von den folgenden Schriften über das Notherbenrecht:
   Förster, de bonor. poss. liberorum praeteritorum contra tabulas parentum (1823),
   Bluntschli, Entwicklung der Erbfolge gegen den letzten Willen nach römischem Recht (1829),
   Francke, das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten (1831),
   Hingst, commentatio de bonor. possessione (1858).
2. Die Bearbeitungen des Notherbenrechts in Glück's Commentar sind unter den Namen von Glück und Mühlenbruch mit Beisetzung der betreffenden Zahl des Bandes des Commentars,
   die als Fortsetzung des Commentars erscheinende Bearbeitung der Bücher 37 und 38 der Digesten von Leist ist mit der Bezeichnung „Forts." unter Beifügung der Zahl des Bandes (I. II. III.) citirt.
3. Abgekürzt sind auch die Citate von folgenden Schriften von Ad. Schmidt, (wo nicht der Zusammenhang die bloße Benennung des Verfassers genügend erscheinen ließ):
   a. das formelle Recht der Notherben (1862), — als „Notherbenr."
   b. das Pflichttheilsrecht des Patrons und des Parens Manumissor (1868), — als „Pflichtth.-R."

Der zweite Band der civilistischen Schriften von Arndts, in welchem sich die Abhandlungen aus dem Erbrecht befinden, ist regelmäßig nur mit „Arndts, II" citirt.

Sinnentſtellende Fehler.

(Leider hat der Verfaſſer ſolche bei ſeiner Entfernung vom Druckort nicht durchweg verhüten können.)

S. 32. Z. 10 von oben lies „secundum tabulas oder contra tabulas“ ſtatt „secundum tabelas oder contra tabelas“.
S. 52 Z. 17 und 18 v. o. lies „noch immer unbegreiflich“ ſtatt „noch unbegreiflich“.
S. 53 Z. 16 v. o. lies „mit der Regel: postumi adgnatione testamentum rumpi“ ſtatt „mit der Regel des formellen Notherbenrechts“.
S. 110 Z. 8 v. o. lies „von der bon. poss.“ ſtatt „vor der bon. poss“.
S. 112 Z. 13 v. o. lies „Unde legitimi“ ſtatt „Unde liberi“.
S. 121 Z. 6 v. o. lies „Aſcendenten“ ſtatt „Deſcendenten“.
S. 128 Z. 17 v. u. lies „Ertheilung der b. p.“ ſtatt „Ertheilung p. b.“.
S. 169 Z. 12 v. u. lies „gekennzeichnetem“ ſtatt „gekennzeichneten“.
S. 171 Z. 20 v. u. lies „Anm. 223“ ſtatt „Anm. 123“.
S. 184 Z. 11 v. u. lies „die Anordnung“ ſtatt „die Ordnung“.
S. 186 Z. 14 v. u. lies „und nun blos“ ſtatt „und nur blos“.
S. 187 Z. 6 v. o. lies „l. 15 § 1“ ſtatt „l. 15 § 10“.
S. 190 Z. 18 v. o. lies „von den Notherben“ ſtatt „von Notherben“.
S. 191 Z. 11 v. o. lies „jenem Erben als Beſchwertem“ ſtatt „jenen Erben als Beſchwerten“.
S. 195 Z. 18 v. u. lies „apud emancipatum“ ſtatt „ad emancipatum“.
S. 202 Z. 3 v. u. lies „accepisset“ ſtatt „accipisset“.
S. 217 Z. 3 und 4 v. o. lies „der mütterlichen Aſcendenten“ ſtatt „den mütterlichen Aſcendenten“.
S. 253 Z. 18 v. u. lies „über die deſcendentiſche“ ſtatt „über deſcendentiſche“.
S. 268 Z. 13 v. u. lies „in welchen eine“ ſtatt „in welchem eine“.
S. 310 Z. 9 v. o. lies „bei der vom Vater“ ſtatt „bei dem vom Vater“.
S. 311 Z. 18 v. o. lies „bei der angerufenen l. 20 § 1 C. de collat. 6. 20“ ſtatt „bei l. 20 § 1 C. cit.“.
S. 336 Z. 9 v. o. lies „hält man daran feſt“ ſtatt „hält man darauf feſt“.
S. 360 Z. 18 v. o. lies „beſchwert wurde“ ſtatt beſchwert würde“.
S. 434 Z. 18 v. u. iſt die I. zu ſtreichen.
S. 443 Z. 8 v. u. lies „ausgedehntere“ ſtatt „ausgedehnteſte“.
S. 475 Z. 6 v. o. lies „wird bemerkt“ ſtatt „bemerkt man“.
S. 482 Z. 3 v. u. lies „συνβαιδιαρία“ ſtatt „συνβδιαρία“.
S. 491 Z. 4 v. u. lies „adjiciatur“ ſtatt „adjuciatur“.
S. 533 Z. 16 v. u. lies „bleibt es unannehmbar“ ſtatt „bleibt er unannehmbar“.
S. 536 Z. 17 v. o. lies „nichts zu entnehmen“ ſtatt „nicht zu entnehmen“.
S. 543 Z. 12 v. u. lies „vindictam spirantes“ ſtatt „vindictum spirantes“.
S. 546 Z. 14 v. o. lies „preſſen“ ſtatt „prüfen“.
S. 555 Z. 18 v. u. lies „durch die l. 8 § 15“ ſtatt „durch die in l. 8 § 15“.
S. 564 Z. 17 v. o. lies „vermögen jenen Satz“ ſtatt „vermögen jener Satz“.
S. 566 Z. 18 v. u. lies „dieſer Lehren“ ſtatt „dieſer Lehre“.
S. 575 Z. 1 v. u. lies „gehalten“ ſtatt „gehandelt“.

Einleitung*).

§ 1.

I. Das römische Recht ist ohne Zweifel ausgegangen vom Grundsatz freier Verfügungsbefugniß des Erblassers in Ansehung seines Vermögens; eine Beschränkung dieser Freiheit zu Gunsten der nächsten Verwandten, wie sie sich im Notherbenrecht darstellt, ist bestimmt noch den XII Tafeln fremd gewesen[1]). Dagegen liegt im classischen Recht ein doppeltes System derartiger Schranken vor: die Anforderung an den Erblasser, gewisse Descendenten zu Erben einzusetzen oder zu enterben (formelles Notherbenrecht), — daneben die Vorschrift, welche dem Erblasser die Zuwendung eines bestimmten Theils des Vermögens an gewisse nächste Blutsverwandte zur Pflicht macht (materielles Notherbenrecht oder Pflichttheilsrecht).

A. Das formelle Notherbenrecht hat sicher vor Cicero's Zeit Geltung gehabt: fraglich ist nur, ob schon in seinen beiden unten anzugebenden Gestalten. Ebenso hat wohl das Pflichttheilsrecht schon dieser Zeit, mindestens hat es schon der ersten Kaiserzeit angehört. Vorläufer des formellen Notherbenrechts, wie solches in der vorhin bezeichneten Anforderung seinen Ausdruck findet, ist der Satz gewesen, daß die Geburt eines Postumus das Testament, in welchem dieser keine Berücksichtigung gefunden hat (ursprünglich auch Berücksichtigung nicht finden konnte), vernichtet.

Mit Rücksicht auf die erzeugende Rechtsquelle ist ein zweifaches formelles Notherbenrecht zu unterscheiden. Das civile Notherbenrecht fordert Einsetzung oder Enterbung der sui des Erblassers; daß

*) Vergl. die Uebersicht bei Vangerow II § 467, Anmerk.

[1]) Darüber einstweilen l. 120 D. de V. S. 50. 16.

erſten Falls die Zuwendung einen beſtimmten Umfang habe, iſt nicht geboten. Die Verletzung jener Anforderung hat gegenüber dem bei der Errichtung des Teſtaments lebenden Sohne von Anfang an, gegenüber einem jeden Poſtumus des Erblaſſers von deſſen Geburt an Nichtigkeit des letzten Willens zur Folge. Zu Gunſten der Töchter und der (männlichen wie weiblichen) entfernteren Deſcendenten tritt Nichtigkeit nicht ein: ſie gelangen zur Erbfolge neben den vom Teſtament gerufenen Erben (kraft des ſ. g. Accrescenzrechts).

Auch das vom Prätor in der bonorum possessio contra tabulas aufgeſtellte notherbrechtliche Syſtem erhebt die Anforderung der Einſetzung oder Enterbung der Berechtigten. Als ſolche aber treten jetzt die liberi des Erblaſſers auf, — dieſelben liberi, welche in der geſetzlichen Erbfolgeordnung des prätoriſchen Rechts die erſte Claſſe bilden. Und wie hierbei, ſo weicht die contra tabulas bonor. possessio mehrfach bei den einzelnen Grundſätzen über die Erbeseinſetzung wie Enterbung, ſtärker noch bei den Folgen einer Nichtbeachtung des Notherbenrechts vom Civilrecht ab. In letzterer Beziehung tritt, wenngleich die Grundlage des vom Notherben zu erhebenden Anſpruchs deſſen geſetzliche Erbberechtigung iſt, Nichtigkeit des letzten Willens nicht ein; vielmehr wird dem Teſtament ſogar ſachlich in weitem Umfange Wirkſamkeit eingeräumt.

B. Das materielle Notherbenrecht legt dem Erblaſſer die Pflicht auf, dem Berechtigten einen beſtimmten Theil ſeines Vermögens zuzuwenden, ſofern ihm nicht ein deſſen Ausſchließung rechtfertigender Grund zur Seite ſteht. Während aber ſo ein beſtimmtes Maß der Bedenkung vorgeſchrieben wird (Pflichttheil), erſcheint die Form der Bedenkung in dieſem Rechtstheil gleichgültig. Nicht allein durch Erbeseinſetzung, auch durch Vermächtniß, Schenkung auf den Todesfall ſowie durch beſtimmte Zuwendungen unter Lebenden kann der Pflichttheil gewährt werden. Zu beanſpruchen haben einen ſolchen nicht allein die sui oder die liberi des formellen Notherbenrechts, ſondern faſt ausnahmlos, unter Vorausſetzung geſetzlicher Erbberechtigung, die Deſcendenten gegen alle Aſcendenten, auch gegen ſolche, die wie die Mutter, die Großmutter oder der mütterliche Großvater einem formellen Notherbenrecht nicht Rechnung zu tragen haben, — ferner die Aſcendenten des Erblaſſers, — endlich die gegen einen beſcholtenen Teſtamentserben zurückgeſetzten Geſchwiſter.

Hat der Erblaſſer den Vorſchriften des materiellen Notherbenrechts

nicht genügt, ſo iſt darum ſein Teſtament nicht nichtig. Das claſſiſche Recht gewährt dem Pflichttheilsberechtigten als einziges Rechtsmittel die querella inofficiosi testamenti, eine dem Anſpruch auf Wiedereinſetzung in den vorigen Stand nahe verwandte Klage auf Beſeitigung des pflichtwidrigen Teſtaments durch Richterſpruch. Soweit dieſe Klage durchdringt, kommt es zur geſetzlichen Erbfolge; möglich aber iſt, daß ein ſolcher Erfolg nur zu einem Bruchtheil der Erbſchaft eintritt.

Bis auf Juſtinian haben ſich die hier kurz angedeuteten Inſtitute des formellen und des materiellen Notherbenrechts im Weſentlichen unverändert erhalten; durch jenen Kaiſer ſind ſie erheblich umgeſtaltet. In der Nov. 115 iſt eine durchgreifende, wenn auch auf die Deſcendenten und Aſcendenten beſchränkte Umwandlung des formellen und des materiellen Notherbenrechts, die hier mit einander vereinigt erſcheinen, unternommen. Die Frage, ob neben dieſem Geſetz das frühere formelle Notherbenrecht der sui und der liberi fortbeſteht, iſt ſtreitig. — Die Darſtellung des Rechts der Novelle wird ſich bei uns als dritter Haupttheil an das formelle Notherbenrecht und an das Pflichttheilsrecht der voraufgehenden Zeit anſchließen.

Schon vor jenem Geſetz liegt eine Reihe Neuerungen Juſtinian's. Zwar auf das formelle Notherbenrecht beziehen ſich nur einige wenige Beſtimmungen, die ſich in einem Anhange an das civile und prätoriſche Recht der claſſiſchen Zeit beſprechen laſſen. Das Pflichttheilsrecht dagegen iſt durch eine Anzahl Conſtitutionen des Codex und durch Nov. 18 in ſo erheblichem Maße fortgebildet, daß die Ergebniſſe dieſer Geſetzgebung in die Darſtellung jenes Rechts ſelbſt aufgenommen werden müſſen.

II. Mit einigen Worten iſt ſchon hier die Stellung der einzelnen Bildungen des Notherbenrechts innerhalb der Lehre von den Succeſſionsgründen zu bezeichnen, ſodann iſt zu ſagen, ob dem Notherben eine eigenthümliche, von der ſonſtigen (geſetzlichen wie teſtamentariſchen) Erbberechtigung zu unterſcheidende Berechtigung zuſteht.

Ohne Frage begründet das Notherbenrecht eine Erbfolge gegen den letzten Willen; aber darum kann nicht anerkannt werden, daß es einen Succeſſionsgrund darſtellte, welchem eine ſelbſtändige Bedeutung neben der teſtamentariſchen und der geſetzlichen Erbfolge zukäme. Jener negativen Haltung gegenüber dem letzten Willen und dem Umſtande, daß die dem Teſtament entgegenſtehende Berechtigung

des Notherben unmittelbar aus dem Geſetz abgeleitet wird, entſpricht vielmehr dies. Die Notherbfolge iſt ihrem Grundgedanken nach eine beſondere Form der geſetzlichen Erbfolge[2]); doch begegnen bei ihr nach zwei Seiten hin Unterſchiede von der gemeinen Inteſtaterbfolge. In den meiſten ihrer Arterſcheinungen beläßt ſie dem letzten Willen ein bald enger, bald weiter bemeſſenes Herrſchaftsgebiet, oder ſie kann es ihm doch im einzelnen Fall belaſſen; bei mehreren Arten der Notherbfolge kommt hinzu, daß Letztere nur wirkſam wird auf Grund einer bald ſo bald anders geſtalteten Reaction des Willens des Notherben gegen das Teſtament. Ich will dieſe Sätze durch einige kurze Bemerkungen über die einzelnen Arten der Notherbfolge deutlicher machen.

Wenn den civilrechtlichen Vorſchriften des formellen Notherbenrechts beim lebenden Sohn und beim Poſtumus zuwidergehandelt iſt, ſo tritt Nichtigkeit des Teſtaments ein: eben darum beſteht hier durchweg einfache geſetzliche Erbfolge, und da es ſich um sui heredes handelt, ſo vollzieht ſich der Erbſchaftserwerb ohne Weiteres. — Der civile Anſpruch der Töchter und Enkel (Accrescenzerben) entzieht grundſätzlich den Teſtamentserben nur einen Bruchtheil des Vermögens; demnach bleibt neben der als geſetzliche zu beſtimmenden Erbfolge ſolcher Notherben in gewiſſem Umfange die teſtamentariſche Erbfolge der vom Erblaſſer gerufenen Erben ſtehen[3]). Indeſſen erben auch hier die Accrescenzerben in ihrer Eigenſchaft als sui und darum

---

[2]) Die im Text entwickelte Auffaſſung entſpricht im Weſentlichen der von Windſcheid III § 529. § 575 zu Anf. und Anm. 1 ausgeſprochenen Anſicht. An abweichenden Stimmen fehlt es nicht. So bezeichnet Kuntze, Curſ. § 834 die Notherbfolge zwar als eine primäre Inteſtaterbfolge, das Notherbrecht als qualificirtes geſetzliches Erbrecht, aber er fügt hinzu: das Notherbrecht in ſeinem ganzen weiteren Umfang falle nicht unter den Begriff der einfachen Berufung (delatio), ſondern bilde neben derſelben einen beſonderen Erbtitel, denn theils ruhe es auf beſonderen Vorausſetzungen, theils weiche es von der einfachen geſetzlichen Delation in den Rechtswirkungen erheblich ab. Verwieſen wird dabei auf Kap. 58, wo Kuntze vom Pflichttheilsrecht handelt. Daß die beim Notherbenrecht gegebenen beſonderen Vorausſetzungen die Anwendung des regelmäßigen Begriffs der Delation hinderten, vermag ich nicht zu erkennen. Beim Pflichttheilsrecht der Verwandten beſteht zwar vor der Reſciſſion des Teſtaments keine Delation, aber im Augenblick der Reſciſſion wird die geſetzliche Erbfolge deferirt. Hiervon mehr im § 52.

[3]) Näheres im § 4 unter III; insbeſondere ſind dort in Anm. 18 die Belegſtellen über die Aufrechthaltung des Teſtaments angegeben.

vollzieht ſich bei ihnen die Notherbfolge ohne jede von ihnen abzugebende Willenserklärung[4]).

Bei der bonor. poss. contra tabulas ſtreitet man darüber, ob ſie geſetzliche Erbfolge begründet. Daß auf die Frage nicht ein reines Ja ertheilt werden kann, liegt auf der Hand; aber es iſt zu ſagen: an erſter Stelle erſcheint die prätoriſche Notherbfolge als eine zu Gunſten der übergangenen und weiterhin der eingeſetzten Notherben eröffnete geſetzliche Erbfolge; doch läßt dieſe die Möglichkeit zu, daß neben ihr der letzte Wille für eine Reihe von Anordnungen — darunter auch Erbeseinſetzungen — in Geltung bleibt. Näher gehe ich auf dieſe Frage im § 24 ein. — Erworben wird die prätoriſche Notherbfolge niemals ohne Weiteres, ſelbſt da nicht, wo ſie einem suus angeboten wird: vielmehr verlangt ſie, wie jede bonor. possessio, eine Agnition.

Das Pflichttheilsrecht der Verwandten ſetzt das Daſein eines an ſich gültigen Teſtaments voraus. Gerade in ihm iſt das Moment des angriffsweiſen Vorgehens des Notherben gegen den letzten Willen beſonders ſtark ausgeprägt; damit dieſer außer Kraft geſetzt werde, bedarf es eines proceſſualiſchen Angriffs des Notherben und eines auf Reſciſſion des Teſtaments lautenden Richterſpruchs. Zweck der Beſeitigung des letzten Willens aber iſt, daß der geſetzlichen Erbberechtigung des Pflichttheilsberechtigten Raum verſchafft werde: die vom Notherben zu erhebende, meiſt in Verbindung mit der Querel auftretende Erbſchaftsklage fordert die Gewährung des geſetzlichen Erbtheils[5]).

Uber das Notherbenrecht der Nov. 115 iſt für jetzt nur Eins zu bemerken. Daß zu Gunſten des Notherben Beſeitigung der Erbeseinſetzung und Herbeiführung der geſetzlichen Erbfolge einzutreten habe — mit Aufrechthaltung von Vermächtniſſen, Freiheitsertheilungen, Vormundsernennungen und andern Nebenbeſtimmungen —, beſagt die Novelle ausdrücklich[6]). Beſtritten aber iſt noch heutzutage, ob man bei der Vorſchrift an eine von ſelbſt eintretende Nichtigkeit der Erbeseinſetzung zu denken hat, ſei es daß dieſe ſofort Platz greift oder erſt mit dem Tode des Erblaſſers, falls in dieſem Zeitpunkte ein

---

[4]) So auch Schmidt, Recht der Notherben. S. 24. Anm. 65.

[5]) Vergl. hierzu die Ausführungen des § 46.

[6]) Nov. 115 c. 3 in f. c. 4 in f.

nicht eingeſetzter oder nicht gehörig ausgeſchloſſener Notherbe vorhanden iſt, — oder ob zur Beſeitigung der Erbeseinſetzung eine einfache Willenserklärung des Notherben, — oder endlich ob Reſciſſion im Wege der Querel verlangt werden muß. Ich entſcheide mich im Sinne der zweiten Auffaſſung, die man wenig paſſend als Syſtem den relativen Nullität zu bezeichnen pflegt. Die Begründung dieſer Anſicht wird im dritten Abſchnitt erfolgen.

Bisher wurde angegeben, wie ſich die den einzelnen Inſtituten des Notherbenrechts zu Grunde liegenden objectiven Rechtsgrundſätze zur Lehre von den Succeſſionsgründen verhalten. Im Zuſammenhang damit iſt zu beſtimmen, ob dem Notherbenrecht eine eigenthümliche Erbberechtigung entſpricht. Ich ſtehe nicht an, darauf mit Nein zu antworten: meines Erachtens iſt es die gewöhnliche geſetzliche Erbberechtigung, welche ſich im Notherbenrecht entgegen dem letzten Willen geltend macht.[7]) Insbeſondere ſehe ich auch darin ein beſonderes Recht des Notherben nicht, daß dieſer jene Berechtigung im Widerſpruch mit dem Teſtament durchzuſetzen vermag; vielmehr iſt dieſe ſeine vortheilhafte Lage lediglich Folge der vom objectiven Recht der Teſtirfreiheit des Erblaſſers gezogenen Schranken[8]). Der an ſich zur Verfügung über ſein Vermögen berechtigte Erblaſſer hat ſo weit, als die unſrer Lehre angehörigen Grundſätze des objectiven Rechts reichen, nicht die Macht, zum Nachtheil des Notherben von jener Verfügungsbefugniß Gebrauch zu machen[9]). Das allein verleiht der geſetzlichen Erbberechtigung des

---

[7]) Auch hier fehlt es nicht an Stimmen für das Gegentheil. So bemerkt Schmidt in Anwendung auf die sui heredes (Notherbr. S. 9 Anm. 19), der Notherbe ſei dem Teſtament gegenüber nicht erſt mit der Delation des Erbrechts berechtigt, ſondern ſobald er als ſolcher exiſtire. Aehnlich denkt Brinz, Abth. II § 173: wie dieſer geſtützt auf die bekannten Aeußerungen der Quellen (l. 11 D. de lib. 28. 2. Gaj. II. 157. § 2 J. de hered. qual. 2. 19) für das römiſche Recht eine Art von Gütergemeinſchaft annimmt, welche trotz der Alleinherrſchaft des Hausvaters zwiſchen dieſem und ſeinen sui heredes beſtehen ſoll, ſo ſchreibt er auch den sui ſchon vor dem Tode des Erblaſſers ein Erbrecht zu, — ein Recht, das mit dem ſ. g. Notherbrecht des jus civile zuſammenfiele.

[8]) Vergl. hierzu die Ausführung im § 4 unter II a. E.

[9]) Gerade dieſer Gedanke iſt es, der mit voller Schärfe von Ulp. l. 120 D. de V. S. 50. 16 ausgeſprochen wird: Verbis legis duodecim tabularum his „uti legassit suae rei, ita jus esto“ *latissima potestas tributa videtur* et heredis instituendi et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi . *sed id*

Notherben die Kraft, dem Teſtament mit Erfolg entgegenzutreten. Wo es daher nach den obigen Bemerkungen einer Reaction des Notherben gegen das Teſtament bedarf, iſt immer in dieſer weſentlich die Willenserklärung deſſelben enthalten, daß er kraft der geſetzlichen (nicht durch letztwillige Verfügung zu verkümmernden) Erbberechtigung die Erbſchaft annehme.

Weiter geht allerdings das Pflichttheilsrecht, indem es Beſeitigung des Teſtaments durch richterliches Erkenntniß auf entſprechenden Antrag verlangt. Der Grund davon dürfte neben dem Beſtreben, das Teſtament möglichſt bei Geltung zu erhalten, dieſer ſein: das Verlangen, daß dem Notherben ein beſtimmter Theil des Vermögens hinterlaſſen werde, geht an ſich viel weiter, als der formelle Anſpruch auf Erbeseinſetzung oder Enterbung. Darum wird man es als Bedürfniß empfunden haben — zumal in der Zeit, welche das Pflichttheilsrecht allererſt in's Leben zu rufen hatte —, daß ein ſo intenſiver Angriff auf den letzten Willen zum Gegenſtand einer ſorgſamen richterlichen Erwägung und eines dem klägeriſchen Verlangen ſtattgebenden richterlichen Erkenntniſſes gemacht werde. (Vergl. den § 46 bei Anm. 17.)

Wenn oben der Anſpruch des Notherben auf deſſen geſetzliche Erbberechtigung zurückgeführt wurde, ſo bleibt freilich die Frage nach dem Weſen des ſ. g. ſubjectiven Erbrechts übrig. Bekanntlich beſteht darüber grade in der heutigen Wiſſenſchaft eine erhebliche Meinungsverſchiedenheit. Allein eben darum kann dieſe Frage nicht nebenher bei den Unterſuchungen beantwortet werden, die den Gegenſtand der vorliegenden Abhandlung bilden.

---

interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate jura constituentium. Daß man die Schlußworte auf das Notherbenrecht oder doch auch auf das Notherbenrecht zu beziehen hat, wird nicht bezweifelt. Vergl. Francke S. 18. Mühlenbruch 36 S. 148 f. Schmidt S. 7 f. Anm. 13.

Abſchnitt I.

Das formelle Recht der Notherben.

Erſter Theil: Das jus civile.

A. Begriff und Weſen des formellen Notherbenrechts. — Berechtigte Perſonen.

§ 2.

1. Allgemeines.

I. Das formelle Notherbenrecht des Civilrechts legt dem Erblaſſer eine alternative Verpflichtung des Inhalts auf: will er die gänzliche oder theilweiſe Beſeitigung des letzten Willens verhüten, ſo muß er ſeine sui zu Erben einſetzen oder enterben[1]). In Wahrheit iſt ihm damit lediglich die Beobachtung einer Form vorgeſchrieben. Denn nicht allein durch die in gehöriger Geſtalt angeordnete Enterbung entzieht er ſich der Nothwendigkeit eines Bedenkens des suus, auch wenn er ſich für die Erbeseinſetzung entſcheidet, bleibt ihm freie Hand, weil keinerlei Maß der Zuwendung gegeben iſt.

Auf die Frage nach dem Grunde jener Regel des Notherbenrechts kann erſt im § 7 unter IV eingegangen werden.

II. Hat der Erblaſſer weder dem Erforderniß der Erbeseinſetzung noch dem der Enterbung genügt, ſo liegt Präterition vor[2]). Die Wirkung iſt bei der Uebergehung des lebenden Hausſohns ſofortige Nichtigkeit des Teſtaments, bei der Uebergehung des Poſtumus nachfolgende — mit deſſen Erſcheinen eintretende — Nichtigkeit. Von den Accrescenzerben iſt ſchon im § 1 bemerkt, daß zwar die Quellen trotz ihrer Uebergehung das Teſtament als gültig behandeln, daß aber ihr Eingreifen in die im Uebrigen auf das Teſtament ge-

---

[1]) Ulp. 22. 14. 23. 2. pr. J. de exher. lib. 2. 13. Gaj. l. 30 D. de lib. 28. 2.

[2]) pr. J. de exher. lib. 2. 13. § 12 J. de hered. quae ab int. 3. 1. Ulp. 22 § 17 vergl. mit § 16. l. 30 D. cit.

gründete Geſammtnachfolge ſich als eine Inteſtaterbfolge darſtellt, die ſich ipso jure vollzieht. Danach beſtimmt ſich die Zeit der Delation der beim formellen Notherbenrecht in Frage kommenden geſetzlichen Erbfolge ſehr einfach[3]). Die Inteſtaterbfolge wird immer erſt deferirt, wenn es entſchieden iſt, daß eine Erbfolge aus dem Teſtament nicht eintritt[4]). Dies iſt im Fall der Präterition eines lebenden Sohnes oder eines vor dem Tode des Erblaſſers gebornen Poſtumus zur Zeit dieſes Todes wegen der dann vorliegenden Nichtigkeit des Teſtaments ſofort entſchieden: demnach findet die Delation in dieſem Zeitpunkt ſtatt. Dieſelbe Zeit iſt für die Töchter und Enkel maßgebend, ſie accresciren bei vorliegender Verletzung der notherbrechtlichen Vorſchriften ohne Weiteres mit dem Tode des Erblaſſers. Anders bei dem Poſtumus, welcher erſt nach dem Tode des Erblaſſers erſcheint: hier bleibt die Delation bis zu deſſen Erſcheinen ausgeſetzt, in der Zwiſchenzeit aber kommt es auch nicht zu einem Anfall der teſtamentariſchen Erbfolge[5]).

Zur näheren Darſtellung der bei den einzelnen Claſſen der Notherben verſchieden beſtimmten Wirkungen einer Verletzung der notherbrechtlichen Vorſchriften gelangen wir im § 4. Vorweg ſind jene Claſſen ſelbſt näher darzuſtellen.

§ 3.

2. Perſonen, welche am formellen Notherbenrecht Theil haben.

Es iſt jetzt vor Allem eine Ueberſicht der vom Civilrecht anerkannten Notherben zu geben. Dieſe ſind, wie ſchon im Eingange des § 2 gezeigt wurde, die sui, damit Diejenigen, welche beim Tode des Erblaſſers in deſſen unmittelbarer väterlicher Gewalt ſtanden[1]) oder doch ſtehen mußten, wenn ſie zu dieſer Zeit ſchon geboren waren[2]). Nicht die Nähe des Grades kommt in Betracht, ſondern die Unmittelbarkeit der Gewalt, in Folge deren der suus mit des Erblaſſers Tode gewaltfrei wird; auch ſind sui neben den leiblichen die Adoptivkinder und weiterhin als filiae loco die Ehefrau in der Manus des Erblaſſers,

---

[3]) Zum Folgenden Schmidt S. 13.

[4]) pr. § 7 J. de her. quae ab int. 3. 1 § 6 J. de legit. agnat. succ. 3. 2. l. 39 D. de A. v. O. H. 29. 2. l. 8 C. comm. de success. 6. 59.

[5]) l. 54 D. de A. v. O. H. 29. 2. l. 4 § 3 D. de bo. poss. co. tab. 37. 4.

[1]) § 2 J. de her. qual. et diff. 2. 19. § 2 J. de her. quae ab int. 3. 1. Gaj. II. 156. 157. Collat. XVI. 2 § 2.

[2]) § 2 J. de her. quae ab int. 3. 1 Collat. XVI. 2 § 4.

als neptis loco — bei vorausgeſetztem Wegfall ihres Ehemannes — die Schwiegertochter in der Manus des Sohnes[3]).

Die Perſonen, welche der unmittelbaren Gewalt des Erblaſſers unterworfen geweſen ſein würden, wenn ſie nicht erſt nach deſſen Tode geboren wären, ſtellen, ſofern ſie nur zu dieſer Zeit bereits gezeugt waren[4]), die Poſtumi der geſetzlichen Erbfolge dar. Dagegen gewinnt der Begriff der Poſtumi bei der Notherbfolge wie bei der teſtamentariſchen einen weiteren Umfang: Poſtumi oder doch postumorum loco ſind Alle, welche nach errichtetem Teſtament die Stellung von sui heredes des Erblaſſers erlangen[5]). Die Gründe der Unterſcheidung ſind gleich hier anzugeben. In Anſehung der Deſcendenten, welche durch Geburt erſt nach der Teſtamentserrichtung in die unmittelbare väterliche Gewalt des Erblaſſers traten, beſtand im alten Recht wegen ihrer Eigenſchaft als incertae personae rechtlich für den Erblaſſer die Unmöglichkeit letztwilliger Bedenkung. Wenn Gajus von einer ſolchen Unmöglichkeit nur beim postumus alienus ſpricht[6]), ſo dient zur Erklärung, daß vor der Zeit dieſes Juriſten das Hinderniß beim postumus suus gefallen war. Daß aber urſprünglich für Letzteren das gleiche Recht gegolten hat[7]), zeigt der angegebene Grund des Hinderniſſes, welcher auch beim suus zutrifft; mehr noch wird es bewieſen durch das aus den Quellen erſichtliche zähe Ringen von Juriſprudenz wie Geſetzgebung, um die Einſetzung des postumus suus rechtlich möglich zu machen. Begreiflich iſt ein ſolches Bemühen wohl;

---

[3]) Gaj. I. 114. 115[b]. II. 139. 159. Collat. XVI. 2 § 3.

[4]) § 8 J. de her. quae ab int. 3. 1. l. 6 pr. D. de inoff. 5. 2. l. 6 pr. D. de injusto 28. 3. l. 6. 7 D. de suis 38. 16. Demnach müſſen ſie innerhalb der nächſten zehn Monate nach des Erblaſſers Tode zur Welt kommen: l. 29 pr. D. de lib. 28. 2. l. 4 C. de postum. 6. 29.

[5]) So dem Ausdruck nach l. 33 D. de testam. mil. 29. 1. Gaj. Visigoth. II. 3 § 2, — ſachlich l. 3 § 1 D. de injusto 28. 3. Vergl. Mühlenbruch 36 S. 154 f. Heumann in Linde's Zeitſchr. XIX S. 292. Schmidt S. 5.

[6]) Gaj. II. 242: est enim incerta persona. Dazu §§ 26. 28 J. de legat. 2. 20. Theoph. ad § 26 cit. und allgemeiner Ulp. 22. 4. § 25 J. eod. — Postumus alienus iſt aber (Gaj. II. 241. § 26 J. cit.), qui natus inter suos heredes testatoris futurus non est. Aus dieſem Grunde auch der Enkel vom emancipirten Sohn, welcher nach der Emancipation gezeugt iſt, — ja nach richtiger Anſicht der der Gewalt des Erblaſſers unterworfene Enkel, ſo lange deſſen Vater in der Mitte ſteht. Näheres bei Heumann S. 331. Schmidt S. 5 Anm. 7.

[7]) Ueber dieſe Thatſache iſt man einig: Mühlenbruch S. 176 f. Heumann S. 299. Vangerow II § 429 Anm. 3 unter 2. Schmidt S. 5 f.

beſtand doch für den römiſchen Bürger die ſchwere Gefahr, daß ſein Teſtament wegen der Uebergehung eines Poſtumus vernichtet würde, während ihm deſſen Berückſichtigung vom Recht ſelbſt abgeſchnitten war. Mehr hiervon im § 8.

Ein weiterer Grund, bei der Feſtſtellung des Begriffs des Poſtumus an die Zeit des erklärten letzten Willens anzuknüpfen, liegt in den Rechtsgrundſätzen über die formelle Notherbenberechtigung der Poſtumi. Dieſe ſind vielfach ſtrenger, als die Beſtimmungen in Anſehung der meiſten übrigen Notherben, ſowohl bei den Erforderniſſen der Einſetzung und der Enterbung, wie bei den Folgen von deren Nichtbeobachtung; in's Auge gefaßt aber ſind dabei alle unter den angegebenen weiten Begriff des Poſtumus fallenden Perſonen: beſteht doch bei dieſen gleichmäßig das Bedürfniß einer vorzüglichen Sicherung gegen Uebergehung[8]).

Ich bezeichne jetzt die einzelnen Claſſen der Poſtumi[9]). Nach dem Vorgang von Ad. Schmidt werden unter Num. 1 ſolche sui herausgehoben, welche bisher für den Erblaſſer Fremde waren, im Gegenſatz zu den in den übrigen Nummern (2—5) bezeichneten Deſcendenten deſſelben. Dieſe Unterſcheidung erweiſt ſich als erheblich bei der Rechtsentwicklung in Anſehung der letztwilligen Bedenkung der Quaſipoſtumi[10]).

Neben dem eigentlichen Poſtumus, welcher unmittelbar mit ſeiner nach der Teſtamentserrichtung eintretenden Geburt die Rechtsſtellung eines suus heres erlangt[11]), nennen die Quellen als Notherben, welche quaſi-agnasciren, darum postumorum loco ſtehen:

1. Fremde, welche durch Rechtsgeſchäft oder verwandte juriſtiſche Thatſache der väterlichen Gewalt des Erblaſſers unterworfen werden. So die Frau, mit welcher eine in manum conventio geſchloſſen wird, der Adoptirte und Arrogirte[12]).

---

[8]) Vergl. z. B. wegen des nominatim exheredare: § 2 J. de exhered. lib. 2. 13. l. 10 § 2 D. de testam. tut. 26. 2. l. 2 C. de lib. praeter. 6. 28, — wegen der gleichmäßig eintretenden Ruption: Gaj. II § 139 vergl. mit § 138. Ulp. 23. § 3 vergl. mit § 2. l. 29 § 12—15. D. de lib. 28. 2. — Eine Ausnahme in l. 6 § 1 D. de hered. inst. 28. 5 (bedingte Einſetzung).

[9]) Zum Folgenden Mühlenbruch S. 158—162. Schmidt S. 12—16.

[10]) Vergl. § 8 unter III, b und c.

[11]) Neben den Stellen der Anm. 2 ſind zu vergleichen Ulp. 22. 15. 19. l. 29 § 1—12 D. de lib. 28. 2. l. 3 § 1 D. de injusto 28. 3.

[12]) Gaj. II. 138. 139. Ulp. 23. 3. § 1 J. quib. mod. testam. infirm. 2. 17.

2. Leibliche Kinder des Erblaſſers, welche bisher niemals deſſen Gewalt unterworfen waren, können durch den Act der Legitimation in dieſe gelangen. Verwandt ſind damit die Fälle der erroris causae probatio und des anniculus: hier erfolgt neben der Erlangung der Civität Eintritt der Kinder in die Stellung von sui des Erzeugers[13]). Wie die Legitimation unter Umſtänden noch nach dem Tode des Vaters (durch Reſcript) erwirkt werden kann[14]), ſo konnte ein Kind durch anniculi oder erroris causae probatio nach dem Tode des Vaters die Rechte eines suus erlangen[15]).

3. Mit oder ohne Rechtsact können leibliche Kinder, welche aus der Gewalt des Vaters ausgeſchieden waren, in dieſe und damit in die Stellung von sui zurücktreten. So auf dem Wege der Adoption leibliche Deſcendenten, welche früher durch Emancipation oder Hingabe in Adoption aus der Gewalt entlaſſen waren[16]). So bei den Römern der Hausſohn, welcher nach der erſten oder zweiten Mancipation aus dem Mancipium entlaſſen wurde[17]), — ſo ferner der aus der Kriegsgefangenſchaft zurückkehrende ehemalige suus[18]). Die Rechte des suus waren auf dem angegebenen Wege hier wie dort noch nach dem Tode des Gewalthabers wieder zu gewinnen[19]).

4. Aehnlich wie in dem ſoeben erwähnten Falle entſteht ohne Weiteres das Gewaltverhältniß, wenn der bisherige Hausſohn, der mit ſeinem Kinde in der Gewalt des Großvaters geſtanden hat, durch deſſen Tod gewaltfrei wird. Hat nun ein ſolcher Hausſohn ein militäriſches Teſtament über das caſtrenſiſche Vermögen errichtet und wird er dann gewaltfrei, nachdem das Teſtament mit Ablauf des Jahrs ſeit der Entlaſſung aus dem Kriegsdienſt die Vorrechte des Soldaten-

---

[13]) Gaj. I. 29—32. 65—72 II. 142. 143. Collat. XVI. 2 § 4. 5.

[14]) Nov. 74 c. 2 § 1. Nov. 89 c. 10.

[15]) Gaj. I. 32. II. 142. 143. III. 5. Collat. XVI 3 § 7.

[16]) l. 23 pr. D. de injusto 28. 3. l. 8 § 7 D. de bo. poss. co. tab. 37. 4.

[17]) Gaj. II. 141. Ulp. 23. 3. Collat. XVI. 2 § 6. (Vergl. auch l. 8 D. de injusto 28. 3.)

[18]) § 4. J. de her. quae ab int. 3. 1. l. 6 § 1 D. de injusto 28. 3. vergl. mit Collat. XVI. 3 § 7. (Die l. 10 verbunden mit l. 9 D. de injusto 28. 3 ſetzt gehörige Einſetzung oder Enterbung des zurückkehrenden Sohnes voraus und will bemerken, daß dieſe Verfügung für das mit der Rückkehr neu begründete Gewaltverhältniß wirkſam bleibt. Vergl. *Cujac.* comm. ad. Dig. 28. 3 l. 9 cit. — op. ed. Neapol. I. 1083.)

[19]) Collat. XVI. 2 § 6; 3 § 7. § 4 J. cit.

teſtaments verloren hat, ſo kann die im Teſtament vorliegende Uebergehung des Kindes nicht mehr als Enterbung wirken, und darum rumpirt das Kind als nunmehriger suus das Teſtament[20]).

5. Endlich entſteht ein suus, wenn das bisherige Gewaltverhältniß über einen entfernteren Deſcendenten durch Wegfall ſeines inmitten ſtehenden Erzeugers zu einem unmittelbaren wird (Quaſiagnation deſſen, qui in sui heredis loco succedit[21]). Es iſt begreiflich, daß ein ſolches Nachrücken nur dann die dem formellen Notherbenrecht entſprechende Stellung gewährt, wenn daſſelbe vor dem Tode des Erblaſſers, ſomit vor dem Zeitpunkt ſtattfindet, in welchem, entgegen dem (ungültigen) Teſtament, die Delation der geſetzlichen Erbfolge einzutreten hat[22]). Denn die Anforderung, daß das Teſtament des Deſcendenten durch Einſetzung oder Enterbung gedenke, würde unerträglich ſein, wenn ſie die Berückſichtigung jedes Deſcendenten zum Inhalt nähme, in deſſen Perſon ſich noch längere Zeit nach dem Tode des Erblaſſers die beim suus beſtehenden Bedingungen des unmittelbaren Gewaltverhältniſſes erfüllten. Aus dem ſoeben Bemerkten ergibt ſich auch, daß das, was hier in den Quellen als „in loco (locum) sui succedere“ bezeichnet wird, vom Begriff der ſucceſſiven Delation weit ab liegt. Eine ſolche kann niemals Folge des formellen Notherbenrechts ſein, da suus nur iſt, wer zum Erblaſſer bei deſſen Tode in dem beſchriebenen Gewaltverhältniß ſtand: vielmehr handelt es ſich bei der gegenwärtigen Frage um Veränderungen, welche vor aller Delation liegen. — Mit Recht bemerkt Schmidt[23]), daß jene zeitliche Grenze in Wirklichkeit auch in dem Falle

[20]) l. 28 § 1 D. de lib. 28. 2. (Zu der Stelle Mühlenbruch S. 162 f.) Vergl. auch l. 33 § 3 verbunden mit § 1 D. de test. mil. 29. 1.

[21]) § 2. J. de exher. lib. 2. 13. l. 13 D. de injusto 28. 3.

[22]) l. 9 § 2 D. de lib. 28. 2. l. 6. pr. D. de injusto 28. 3. l. 7 pr. in f. D. si tab. test. null. 38. 6. Vergl. dazu l. 1 § 8 D. de suis 38. 16.

[23]) A. a. O. S. 13. Vergl. l. 9 § 2. l. 29 § 14. D. de lib. 28. 2. l. 6. § 1 D. de injusto 28. 3. Die Aeußerung in l. 9 § 2 cit. lautet: — diversumque est, si in hostium potestate filius sit et decesserit in eodem statu: rumpit enim his casibus nepos testamentum, quod moriente avo filii jus pependerit, non abscisum ut in superiore casu fuerit. In dem hier angedeuteten superior casus war Enterbung des Sohnes, der dann den Erblaſſer überlebt hatte, vorausgeſetzt. Schmidt (S. 14 Anm. 31) findet es bei der Stelle unverſtändlich, daß der Enkel nachrücken ſolle, weil bei des Großvaters Tode das Recht ſeines kriegsgefangenen Vaters noch nicht abgeſchnitten ſei: er will deshalb mit A. Faber ſtatt „*filii* jus“ leſen „*illius* (st. nepotis) jus“. Allein man wird das

gewahrt bleibt, wenn ein kriegsgefangener Sohn des Erblaſſers erſt nach deſſen Ableben in der Gefangenſchaft ſtirbt und in Folge davon ſeinem Kinde die Rechtsſtellung eines suus gegenüber dem Teſtament des Großvaters zugeſprochen wird. Gilt doch der Kriegsgefangene, der nicht zurückkehrt, als im Zeitpunkt der Gefangennahme verſtorben [24]).

3. Folgen der Präterition.

§ 4.

a. Einfluß auf die Geltung des Teſtaments im Allgemeinen.

Um das Weſen des civilen Notherbenrechts vollſtändig darzulegen, habe ich noch die Folgen der Präterition zu beſprechen. Dies kann ſchon hier geſchehen, wenngleich es feſtſteht, daß die Anforderungen in Anſehung der Einſetzung wie der Enterbung nicht bei allen Notherben die gleichen ſind. (Vergl. die §§ 9 — 11.) Denn immer iſt das Nichtbeachten dieſer Anforderungen Präterition, und an dieſen Begriff knüpfen ſich die hier zu beſprechenden Folgen. In's Auge zu faſſen iſt zunächſt der Einfluß der Präterition auf das Teſtament im Ganzen, ſodann betrachte ich (§ 5) den beſonderen Fall, wo das Teſtament Subſtitutionen enthält. Es begegnet aber auch, daß ſchon die Möglichkeit einer Verletzung des Notherbenrechts Bedeutung gewinnt. Dies iſt der Fall, wenn ein Poſtumus erwartet wird, der im Teſtament nicht genügend berückſichtigt iſt: dadurch wird die Delation der teſtamentariſchen Erbfolge beeinflußt. Ich ſpreche hiervon im § 6.

Die Geltung des Teſtaments wird durch die Präterition in verſchiedenem Maße beeinträchtigt, je nach der Perſon des Notherben.

I. Hausſohn, welcher von Anfang an vorhanden iſt. Iſt ein ſchon zur Zeit der Teſtamentserrichtung lebender Hausſohn präterirt, ſo iſt das Teſtament nichtig (inutile, injustum u. ſ. f. [1]). Die Juriſtenſchulen ſtritten über den Zeitpunkt des Eintritts der Nichtigkeit: die

---

„abscisum fuerit" emphatiſch zu nehmen, den obigen Satz ſo zu überſetzen haben: „Anders iſt es, wenn der Sohn kriegsgefangen iſt und in dieſer Lage ſtirbt; denn hier rumpirt der Enkel das Teſtament, weil es bei des Großvaters Tode ungewiß war, ob dem Sohn überhaupt Erbberechtigung zukam, während im obigen Falle die an ſich vorhandene Erbberechtigung durch die Enterbung abgeſchnitten iſt".

[24]) l. 18 D. de captiv. 49. 15.

[1]) pr. J. de exher. lib. 2. 13. l. 30 D. de lib. 28. 2. l. 3 § 3 D. de injusto 28. 3. Weitere Zeugniſſe mit Nachweiſen über den Sprachgebrauch der Quellen bei Schmidt S. 21 Anm. 52.

Sabinianer behaupteten, dieſelbe beſtehe von Anfang an, ſie werde daher auch nicht gehoben, wenn der Sohn vor dem Vater ſterbe, — die Prokulianer wollten nur dann Ungültigkeit und in deren Gefolge geſetzliche Erbfolge zulaſſen, wenn der Sohn den Erblaſſer überlebte [2]). Erſtere Anſicht, namentlich auch der Satz von der Unheilbarkeit der Nichtigkeit hat die Billigung Juſtinian's gefunden [3]). Die Nichtigkeit erfaßt das Teſtament in ſeinem ganzen Umfange [4]).

II. Postumi [5]). Dieſe ſind vor den Accrescenzerben in's Auge zu faſſen, weil ſie dem Hausſohn im Weſentlichen gleich geſtellt ſind. Zwar vor dem Erſcheinen des Poſtumus iſt begreiflich das Teſtament gültig [6]); allein ſobald dieſer auftritt, rumpirt er es ſofort — ohne Unterſchied des Geſchlechts oder Grades [7]) — ſelbſt vor des Erblaſſers Tode [8]). Auch hier erſtreckt ſich die Nichtigkeit auf den ganzen Inhalt des Teſtaments [9]).

Vorläufig zu bemerken iſt, daß in dem Falle, wo der Poſtumus vor dem Erblaſſer wieder verſtarb, die Nichtigkeit zwar nach Civilrecht beſtehen blieb, ſeit Hadrian aber dem eingeſetzten Erben eine bonor. possessio secundum tabulas ertheilt wurde, welche regelmäßig cum re war [10]).

Ich unternehme jetzt die Erklärung der unter I und II ausgeführten Grundſätze. Schmidt findet es glaublich (Seite 21 Anm. 57), daß die Sabinianer zur Annahme der ſofort vorhandenen Nichtigkeit, bei Präterition des Hausſohns, durch das Vorbild des Rechts beim Poſtumus (unter II) geführt ſeien: in dem Satze „postumi adgnatione testamentum rumpi“ ſei ja der Gedanke ausgeprägt, daß

---

[2]) Gaj. II. 123.

[3]) pr. J. cit. l. 7. 8 D. de lib. 28. 2.

[4]) So auch Vermächtniſſe, Freilaſſungen, Enterbungen: l. 17 D. de injusto 28. 3. l. 32 D. de lib. 28. 2. — Vergl. Bluntſchli S. 28—33. Schmidt S. 21 f.

[5]) Mühlenbruch 36 S. 344—348. Schmidt S. 9—11.

[6]) Ulp. 22. 18. § 1 J. de exher. lib. 2. 13. Vergl. auch die Gegenüberſtellung in l. 8 D. de lib. 28. 2. l. 13 D. de injusto 28. 3.

[7]) Vergl. die Stellen der Anm. 6, außer l. 8. cit.

[8]) l. 3 § 3. l. 15 D. de injusto 28. 3. l. 2. 3 C. de postum. 6. 29.

[9]) § 1 J. cit. l. 1 C. de postum. 6. 29.

[10]) l. 12 pr. vergl. mit l. 15 D. de injusto 28. 3. l. 13 D. de doli exc. 44. 4. Vangerow II § 398 Anm. unter 5 a. § 473 Anm. unter 2 und das von uns im § 14 unter II Ausgeführte.

das Teſtament ungültig ſei, ſobald der suus exiſtire. Ein ſolcher Zuſammenhang ſcheint mir undenkbar. Die Annahme einer das Teſtament ſofort bei ſeiner Errichtung ergreifenden Nichtigkeit liegt von vorn herein nahe, ſie muß in der römiſchen Wiſſenſchaft früh aufgetreten ſein. Dagegen iſt die Aufſtellung einer nachträglich eintretenden Nichtigkeit, die doch noch bei Lebzeiten des Erblaſſers wirklich wird, ſobald der Poſtumus noch in dieſer Zeit erſcheint, offenbar das Erzeugniß eines ſehr geſchulten Denkens: ſie wird den Juriſten der Kaiſerzeit zugeſchrieben werden müſſen. Danach hat man dann umgekehrt die Behandlung der Nichtigkeit beim Poſtumus als Folgerung aus dem Recht beim Hausſohne anzuſehen.

Ich möchte aber auch nicht darauf verzichten, für die durch die Sabinianer zur Geltung gebrachte Auffaſſung unter I eine tiefere Begründung aufzuſuchen. Wie in der Einleitung bemerkt wurde (S. 6), wird man die Grundſätze des Notherbenrechts, vor Allem des formellen, nicht auf ein dem Notherben ertheiltes ſubjectives Recht, ſodern auf eine Beſchränkung der Teſtirfreiheit zurückzuführen haben. Die Folgen einer Ueberſchreitung der Beſchränkung kann das Recht in verſchiedener Weiſe bemeſſen; ſehen wir doch grade im Notherbenrecht neben der Nichtigkeit, die das Civilrecht beim Hausſohne und Poſtumus Platz greifen läßt, die verſchiedenſten Syſteme zur Geltung kommen. (Vergl. § 1.) Allein wo man ſich für abſolute Nichtigkeit entſchied — und dieſe entſpricht offenbar am meiſten dem Weſen des Civilrechts —, da mußte man auch das Teſtament vom Augenblick ſeiner Errichtung ab, beim Poſtumus ſofort mit deſſen Erſcheinen, als nichtig behandeln. Denn die Beſchränkung der Teſtirfreiheit fand jetzt das nächſte Vorbild an der fehlenden Teſtirfähigkeit. Nun erzeugt die vom Anfang an fehlende Fähigkeit zur Errichtung eines Teſtaments ſofortige Nichtigkeit[11]), und dieſe kann durch nachträglich erlangte Fähigkeit nicht geheilt werden[12]). Weiter verliert aber auch das Anfangs zu Recht beſtehende Teſtament ſeine Gültigkeit ſofort und noch

[11]) Ich wähle Stellen über die Unfähigkeit der Hauskinder: pr. J. quib. non est perm. 2. 12. l. 6 pr. l. 16 pr. D. qui test. fac. 28. 1. l. 3 § 1. l. 11 C. eod. 6. 22.

[12]) Modest. l. 19 D. qui testam. 28. 1. Si filius familias — tabulas testamenti fecerit, signaverit, secundum eas bonorum possessio dari non potest, licet filius familias sui juris — factus decesserit, quia nullae sunt tabulae testamenti, quas is fecit, qui testamenti faciendi facultatem non habuerit. pr. J. cit. in f. l. 1 § 8 D. de bon. poss. sec. tab. 37. 11.

bei Lebzeiten des Erblaſſers, ſobald dieſer in der Folge die zur Erbeseernennung erforderliche Rechtsfähigkeit verliert[13]). Demnach läßt ſich nur von einer conſequenten Ausbildung des Rechts reden, wenn alle dieſe Sätze, wie unter I und II gezeigt wurde, im civilen Notherbenrecht wiederkehren.

Oben wurde bemerkt (im Text bei Anm. 10), daß die bonor. poss. secundum tabulas des Teſtamentserben nach einem Reſcript von Hadrian regelmäßig cum re war, wenn dem Erblaſſer zwar bei Lebzeiten ein Poſtumus geboren wurde, dieſer aber vor dem Erblaſſer wieder ſtarb. Es verdient hervorgehoben zu werden, daß auch hier ein mindeſtens verwandter Satz in der Lehre von der Teſtirfähigkeit, genauer beim testamentum irritum, wiederkehrt. Iſt der Erblaſſer nach aufgerichtetem Teſtament im Wege der Arrogation in die Gewalt eines Andern getreten, demnächſt aber wieder gewaltfrei geworden, und hat er nun erklärt, daß das Teſtament in Geltung bleiben ſolle, ſo behauptet der zur bon. poss. secundum tabulas gelangte Teſtamentserbe das Vermögen gegenüber dem geſetzlichen Erben[14]). Den Streit darüber, ob das Erforderniß einer Erklärung des Erblaſſers, wie ich ſie beſchrieben habe, auf den Fall zu beſchränken iſt, wo derſelbe den Verluſt der Rechtsfähigkeit willkürlich herbeigeführt hat[15]), laſſe ich unberührt: für unſre Unterſuchung genügt der Nachweis, daß ſelbſt bei der hier erwähnten ſpeciellen Frage, die im Notherbenrecht durch kaiſerliches Reſcript geregelt iſt, ein verwandter Gedanke in der Lehre von der Teſtirfähigkeit wiederkehrt.

III. Accrescenzerben[16]). Ich kehre zurück zu den im Zeitpunkt der Errichtung des Teſtaments lebenden Notherben. Unter dieſen ſind die Töchter ſowie die entfernteren Deſcendenten beiderlei Geſchlechts ungünſtiger geſtellt, als der Hausſohn[17]). Die Quellen äußern über

---

[13]) § 4 J. quib. mod. test. infirm. 2. 17. l. 6 § 5—13 D. de injusto 28. 3. l. 4. § 5 C. de haeret. 1. 5.

[14]) So Papin. l. 11 § 2 D. de bon. poss. sec. tab. 37. 11.

[15]) Vergl. wegen dieſer Frage einerſeits Bangerow II § 458 Anm., anderſeits Windſcheid III § 563 unter 1. Bei Beiden iſt die weitere Literatur angegeben.

[16]) Vergl. Bluntſchli S. 36—43. Mühlenbruch 36 S. 338—344. Schmidt S. 22—25.

[17]) Ueber den Grund (Entſtehung der Rechtsregel zu einer Zeit, welche den Sohn als künftigen Vertreter der Familie begünſtigte), — insbeſondere gegen die Annahme einer Abhängigkeit der vorliegenden Rechtsbildung von den Beſtimmungen der lex Voconia: Schmidt S. 23 f. Anm. 63.

ſie, daß ſie den im Teſtament gerufenen Erben anwachſen (in partem — ad certam portionem — adcrescunt), ſie betonen dabei, daß das Teſtament in Geltung bleibt [18]). Und doch ſollen ſie, wie noch zu beſprechen iſt, wirkliche Erbtheile erhalten: wie iſt alſo das Rechtsverhältniß zu beſtimmen? Man hat mit Recht bemerkt, daß in Wahrheit eine geſetzliche Erbfolge vorliegt, welche ſich mit der teſtamentariſchen miſcht, — daß der Ausdruck der Quellen, wonach jene Erben ſo angeſehen werden, als wären ſie eingeſetzt, eine zur Schonung des letzten Willens (Erhaltung der Vermächtniſſe [19]) — für den übrigbleibenden Bruchtheil auch der Erbeseinſetzungen) herangezogene Fiction darſtellt [20]). Indeſſen iſt es geboten, daß man dieſe logiſch wie juriſtiſch allein haltbare Auffaſſung ſtreng feſt hält; namentlich darf nicht geſagt werden, der Notherbe habe auch dann gleich einem Teſtamentserben die Legate zu leiſten, wenn der eingeſetzte Erbe nicht erwirbt [21]). Mit jener Fiction ſoll ja nur erreicht werden, daß die Vermächtnißnehmer nicht durch den Zutritt des Notherben in Schaden kommen; verlieren ſie dagegen nach regelmäßigem Recht ihre Anſprüche durch das Deſtitutwerden des Teſtaments, ſo liegt es gewiß nicht im Sinne der Fiction, ihnen durch Anweiſung auf den Accrescenzerben einen Zuwachs zur urſprünglichen Berechtigung zu gewähren. — Daß die Accrescenzerben ipso jure erwerben, folgt aus ihrer Eigenſchaft als sui heredes [22]).

Die Quellen weiſen dieſen Erben neben eingeſetzten sui einen Kopftheil zu, neben extranei die Hälfte [23]). Hat man dieſe Erbfolge, wie wir behaupten, als geſetzliche zu beſtimmen, ſo ergibt ſich, daß im erſten Fall jeder Accrescenzerbe eine geſonderte Virilportion, nur

---

[18]) Vergl. namentlich Gaj. II. 124. pr. J. de exher. lib. 2. 13. et ib. Theophil. lex Rom. Burgund. 45. Nur in einer Aeußerung Juſtinian's — l. 4 pr. C. de lib. praet. 6. 28 — wird der entgegengeſetzte Gedanke angeſchlagen: — ut eodem momento et testamentum patris *quodammodo ex parte* jure adcrescendi *evertat*, et ipsa quasi scripta legatis supponeretur (sc. filia praeterita) —.

[19]) l. 4 pr. C. cit.

[20]) Hartmann, über die querella inofficiosi testamenti S. 8 Anm. 2. Schmidt S. 24 Anm. 64.

[21]) Darin geht zu weit Schmidt a. a. O. Anm. 65.

[22]) Schmidt S. 24.

[23]) Gaj. cit. Ulp. 22. 17. Theophil. ad pr. J. laud. Gaj. Visigoth. II. 3. 1. Nov. Major. tit. VI (de sanctimon.) § 3, bei Haen. p. 309. lex Rom. Burgund. cit.

die Enkel aus Einem Stamm eine gemeinſchaftliche zu fordern haben [24]). Sind neben einander Notherben und extranei zu Erben ernannt, ſo entzieht der Accrescenzerbe den Einen wie den Andern die vorhin bezeichneten Quoten [25]). — Uebrigens hat Juſtinian ſchon vor Erlaß der Nov. 115 dieſes eigenthümliche Recht für Töchter und entferntere Deſcendenten aufgehoben [26]).

§ 5.

b. Einfluß auf die Geltung des Teſtaments beim Vorhandenſein mehrerer Grade *).

Der Einfluß der Präterition eines Notherben wird verwickelter, wenn das Teſtament Subſtitutionen enthält; hier knüpft die Frage der Gültigkeit an den einzelnen Grad an. Zu unterſcheiden ſind die im Augenblick der Teſtamentserrichtung lebenden Notherben und die Poſtumi.

I. Lebende Notherben. Das Rechtsverhältniß der Töchter und Enkel, wie es vor der l. 4 C. de lib. praet. 6. 28 lag, iſt mit wenigen Worten zu erledigen. Da die Uebergehung derſelben im einzelnen Grade für keinen Theil des Teſtaments Nichtigkeit begründet, ſo kann ſich das Accrescenzrecht nur geltend machen, wenn die Delation an den beſtimmten Grad gelangt iſt, in Bezug auf welchen Präterition beſteht, — ſomit bei gültiger Enterbung im erſten, Uebergehung im folgenden Grade nur dann, wenn es feſtſteht, daß ein Erbſchaftserwerb im erſten Grade nicht erfolgt. Schon dann aber muß der einzelne Grad nach den Grundſätzen über fehlerhafte Enterbung (§ 12 unter III. B.) vom Accrescenzrecht ergriffen werden, wenn der Notherbe nicht von allen gleichzeitig berufenen Erben enterbt iſt [1]).

Iſt aber der Notherbe in einem Grade eingeſetzt, ſo kann es

---

[24]) Dafür namentlich Bluntſchli, der ſich S. 38 f. mit Recht auf die Worte des Theophilus beruft. — Ueber den Fall der Einſetzung von Notherben zu ungleichen Erbtheilen Schmidt Anm. 69.

[25]) Paul III. 4[b] § 8. Folgeweiſe erhält der Accrescenzerbe mehr als den geſetzlichen Erbtheil. Vergl. Mühlenbruch S. 341—343. — Eine ſinguläre Beſtimmung in fragm. de jure fisci § 11.

[26]) l. 4 § 1 C. de lib. praet. 6. 28.

*) Francke S. 77—86. Mühlenbruch **36** S. 433—454. Vangerow II § 470 Anm. unter I. Schmidt S. 22 bei Anm. 62. S. 38. 39. S. 54 Anm. 160 a. E. Leiſt, Forſ. III S. 87. S. 97—101.

[1]) So ſchon Schmidt S. 54 Anm. 160 unter b.

zu einer Accrescenz gegenüber einem folgenden Grade überall nicht kommen [2]).

Andere Grundſätze machen ſich beim Hausſohn geltend. An die Spitze zu ſtellen iſt der Satz, daß jeder einzelne Grad eine die ganze Erbſchaft umfaſſende Nachfolge bezweckt, — ein Umſtand, um deſſen willen eine in ſolchem Sinne angeordnete Subſtitution meiſt bei der Frage der Verletzung des Notherbenrechts geſondert in's Auge gefaßt wird. Der einzelne Grad unterliegt regelmäßig den Folgen der Präterition, wie ſie für ein Teſtament gelten, das nur einen wenn auch bedingten Grad der Einſetzung enthält: bei Uebergehung eines Hausſohnes iſt der einzelne Grad von Anfang an nichtig [3]). Wenn indeſſen der Sohn im erſten Grad eingeſetzt iſt, ſo braucht ſeiner bei den folgenden Graden nicht gedacht zu werden [4]), und Gleiches muß im Fall ſeiner Bedenkung durch Subſtitution in Anwendung auf alle noch hinter dieſer ſtehenden Grade gelten. Da ferner der Sohn unter einer von ſeinem Willen abhängigen Bedingung eingeſetzt werden darf, ſo ſchützt auch eine ſolche Einſetzung die ſpäteren Grade gegen die Folgen der Präterition [5]).

Einen Augenblick iſt bei dem ſoeben Beſprochenen ſtehen zu bleiben. Wenn, wie ausgeführt wurde, die Einſetzung des Notherben in einem Grade die folgenden Grade frei macht, ſo beruht dies darauf, daß vom Standpunkt des formellen Notherbenrechts jede formell gültige Einſetzung genügt, mag der Erbtheil noch ſo klein ſein. Anders iſt es im Pflichttheilsrecht. Lag hier in dem Grade, welcher vorerſt an der Reihe war, Einſetzung des Notherben auf einen unzulänglichen Erbtheil vor, ſo konnte ein ſolcher Erbe nach claſſiſchem Recht ausſchlagen und gegen die etwa antretenden Miterben mit der Querel vorgehen; erwarben aber auch dieſe nicht, ſo trat an den zweiten Grad die gleiche Frage heran, ob bei ihm der Pflichttheil gewährt ſei. War dies nicht geſchehen, ſo konnte der

---

[2]) Arg. l. 14 § 1 D. de lib. 28. 2. l. 4 § 2 D. de her. inst. 28. 5. Dazu das im Text bei Anm. 3 und 4 Bemerkte.

[3]) l. 14 § 1 cit. Paul. l. 43 § 2 D. de vulg. 28. 6: — eum gradum, a quo filii praeteriti sint, nullius esse momenti —.

[4]) Afric. l. 14 § 1 cit.: — nam si primo gradu heres institutus sit filius, non debere eum a substitutis exheredari —.

[5]) Ulp. l. 4 § 2 D. de her. inst. 28. 5: — opinamur igitur filium, si sit institutus sub ea condicione et (sub condicione et ea? ed. Momms.) sit in ejus potestate, non indigere exheredatione a sequentibus gradibus —.

im erſten Grade Eingeſetzte trotz ſeines Ausſchlagens zur Querel gegen die Subſtituten greifen. Daß wir in den Quellen kein vom Theilerben handelndes Zeugniß dieſes Inhalts finden, erklärt ſich aus Juſtinian's Vorſchrift über die Ergänzungsklage (l. 30 C. de inoff. test. 3. 28). Wohl dagegen iſt in einer Stelle der Fall behandelt, wo der Pflichttheilsberechtigte zum Alleinerben eingeſetzt und durch (an ſich unanfechtbare) teſtamentariſche Freilaſſungen im Pflichttheil verkürzt iſt; Ulpian's Entſcheidung entſpricht dem ſoeben Ausgeführten: der Notherbe kann ausſchlagen, die Erbſchaft an den Subſtituten bringen und gegen dieſen die Querel erheben[6]).

Den obigen Satz, daß der einzelne den Sohn übergehende Grad nichtig iſt, führen die Quellen näher dahin aus. Iſt der Sohn im erſten Grade übergangen, im zweiten enterbt oder auch — was bei unſrer Frage zu dem gleichen Ergebniß führt — zum Erben eingeſetzt, ſo iſt der erſte Grad nichtig, die Erbfolge findet auf Grund des zweiten Grades ſtatt[7]). Liegt umgekehrt Enterbung im erſten, Präterition im zweiten Grade vor, ſo iſt letzterer Grad von Anfang an nichtig, die Subſtituten bleiben daher ſelbſt dann von der Erbfolge ausgeſchloſſen, wenn der an erſter Stelle (gültig) gerufene Teſtamentserbe nicht erwirbt, der enterbte Sohn aber noch vor erfolgter Entſcheidung über den Erwerb dieſes Erben ſtirbt[8]).

II. Die Poſtumi. Dem, was im § 4 unter II bemerkt wurde (S. 15), entſpricht es ohne Weiteres, daß bis zum Erſcheinen des Poſtumus jeder Grad, auch wenn in ihm der Poſtumus keine Berückſichtigung gefunden hat, vollkommen gültig iſt, daß aber der Poſtumus ſofort mit ſeinem Erſcheinen den einzelnen Grad, bei wel-

---

[6]) So l. 8 § 9 D. de inoff. 5. 2. Die Stelle hat einen emancipirten Sohn im Auge; der Hausſohn erwarb ja ipso jure, und darum blieb ihm die angedeutete Hülfe verſagt. Näheres über die Stelle im § 38 unter II; zu vergleichen iſt etwa noch die vom patronatiſchen Pflichttheilsrecht handelnde l. 41 D. de bon. libert. 38. 2.

[7]) l. 3 § 6 D. de lib. 28. 2. l. 75 D. de her. inst. 28. 5. l. 43 § 2 D. de vulg. 28. 6. — Die l. 3 § 6 cit. deutet durch ihre Faſſung an, namentlich durch die Berufung auf die Sabinianer Sabinus, Caſſius und Julian, daß auch der Satz des Textes in den Meinungsſtreit bei Gaj. II. 123 hineingezogen war. Vergl. Francke S. 81. Schmidt S. 22 Anm. 62.

[8]) l. 8 D. de lib. 28. 2. Vergl. auch die vom Poſtumus handelnde l. 4 D. de injusto 28. 3. (In der Stelle wird man hinter „primo gradu scriptis heredibus“ die Worte „nato postumo“ einzuſchieben haben. Vergl. *Cujac.*, comm. ad Dig. 28. 2 l. 8. — I. 1059. Uebereinſtimmend die Ausgabe von Mommſen.)

chem Präterition vorliegt, vernichtet[9]). In dieſer Weiſe wird der den Poſtumus übergehende Grad auch dann durch das Erſcheinen des Poſtumus getroffen, wenn die Erben unter einer noch ſchwebenden aufſchiebenden Bedingung gerufen ſind[10]). Iſt freilich die Bedingung in jenem Zeitpunkt ſchon ausgefallen, ſo läßt ſich von einer Ruption des ohnedies hinfällig gewordenen Grades nicht reden[11]). Da ferner die Subſtitution bedingte Einſetzung iſt, ſo ergibt ſich aus dem ſoeben Geſagten, daß ſpätere Grade, bei welchen der Poſtumus übergangen iſt, ſofort vernichtet werden, auch wenn den Subſtituten noch nicht deferirt iſt[12]). Nur für den Fall iſt nach den Ausführungen unter I eine Ausnahme anzuerkennen, wo der Poſtumus im voraufgehenden Grade gehörig eingeſetzt iſt[13]).

Neben dieſen Grundſätzen bieten die Quellen eine auf den erſten Blick auffällige Folge der Präterition: vernichtet der Poſtumus mit ſeinem Erſcheinen einen verletzenden Grad, ſo rumpirt er regelmäßig zugleich alle nachfolgenden Grade, — auch ſolche, bei denen Uebergehung nicht vorliegt[14]). Bevor eine Erklärung dieſer Erſcheinung verſucht werden kann, ſind die einzelnen Anwendungen und anderes daran anknüpfendes Material der Quellen mitzutheilen.

a. Der Poſtumus iſt im erſten Grade übergangen, im zweiten enterbt. Iſt hier der erſte Grad ſchon beim Erſcheinen des Poſtumus weggefallen, ſo trifft dieſer von vorn herein nur auf den wegen der Enterbung gültigen Grad. Wo aber in jenem Augenblick die Frage des Erbſchaftserwerbs auf Grund des erſten Grades noch unentſchieden iſt, wird in Anwendung des erwähnten eigenthümlichen Grundſatzes mit dem erſten Grade auch der zweite beſeitigt[15]).

---

[9]) l. 8 cit. Näheres über die Stelle in Anm. 17.

[10]) Ulp. l. 5 D. de injusto 28. 3. Nam et si sub condicione sit heres institutus quis, a quo postumus non est exheredatus, tamen pendente condicione (nato postumo ins. *Momms.*) rumpitur gradus, ut et Julianus scripsit. —

[11]) l. 5 cit.

[12]) l. 14 pr. D. de lib. 28. 2. l. 3 § 6 D. de injusto 28. 3.

[13]) l. 14 § 1 D. de lib. 28. 2.

[14]) l. 5 D. cit. — Vergl. die Worte in Anm. 22.

[15]) l. 5 cit. (Schluß der Stelle): — sed si a primo gradu praeteritus, a secundo exheredatus sit, si eo tempore nascatur postumus, quo aliquis ex institutis vixit, totum testamentum ruptum est: nam tollendo primum gradum sibi locum faciet.

Dies gilt auch dann, wenn der an erſter Stelle Eingeſetzte unter einer ſuspenſiven Bedingung gerufen iſt[16]).

b. Der Poſtumus iſt im erſten Grade enterbt, im zweiten übergangen. Daß derſelbe den erſten Grad (regelmäßig) beſtehen läßt, während er den zweiten mit ſeinem Erſcheinen rumpirt, entſpricht den vorhin (Eingang von II) dargeſtellten allgemeinen Grundſätzen wie dem Recht beim Hausſohn unter I[17]). Steht jedoch hinter zwei Graden des angegebenen Inhalts ein dritter, bei welchem der Poſtumus wieder enterbt iſt, ſo ſoll deſſen Erſcheinen nicht

---

[16]) l. 5 cit. Hier heißt es im Anſchluß an die Worte in Anm. 10: sed et si sit ei (sc. heredi sub condicione instituto) substitutus quis, etiam deficiente condicione primi gradus non admittetur substitutus, a quo postumus exheredatus (non del. Momms.) est. Das „non" ſtreichen mit Recht Francke S. 82 Anm. 26. Vangerow II § 470 unter I a. E. Für die Beibehaltung Mühlenbruch S. 452 f. Allein auch wenn man nicht mit Francke betonen will, daß die Stelle nach der Lesart der Florentiner Handſchrift zu einem unſtatthaften Schluß vom Gegentheil führt, ſo bleibt doch wahr, daß ſie ohne die Veränderung eine Trivialität ausſprechen würde. Das „etiam deficiente condicione" iſt dahin zu verſtehen, daß die Bedingung nach dem Auftreten des Poſtumus ausfällt. Fiele ſie früher aus, träfe alſo der Poſtumus gar nicht auf den erſten Grad, ſo wäre die Subſtitution gültig.

[17]) l. 8 in f. l. 14 pr. init. D. de lib. 28. 2 l. 3 § 6 D. de injusto 28. 3. — Zu l. 8 cit. iſt zu bemerken: a. In dem hier allein intereſſirenden Schlußſatze iſt ſtatt „ut natus vivo *patre*" (a quo exheredatus sit, moriatur) zu leſen: „ut natus vivo *primo*" (a. qu. e. s. m.). So *Cujac.* comm. ad Dig. 28. 2 h. l., op. I. 1059 f., neuerdings Francke S. 78 f. Mühlenbruch S. 440 ff. Vangerow II § 470 Anm. I B. 2. Schmidt S. 38 Anm. 108. Dagegen will die Ausg. von Mommſen unter Zuſtimmung von Leiſt Forſch. III S. 100 Anm. 14 hinter „vivo patre" einrücken „moriatur, deinde ante aditionem is" (a. qu. e. s. m.). Dies ſcheint mir weder dem Parallelismus der zwei Rechtsfälle in l. 8 cit. Rechnung zu tragen, noch die ſachlichen Bedenken von Cujaz zu beſeitigen. b. Die Schlußworte „quoniam cum est natus filius loco ejus est qui superstes est" ſagen beſtimmt (Mühlenbruch S. 441): dem Poſtumus ſteht von ſeinem Erſcheinen an die Rechtsſtellung des Sohnes zu, der ſchon bei der Teſtamentserrichtung lebte. Leiſt (a. a. O.) widerſpricht; die Worte ſollen ſagen: „wenn der Poſtumus überhaupt geboren iſt, ſo iſt er gleich dem postumus, der den Eintritt des verletzenden Grades erlebt". Gewiß mit Unrecht. Die Gegenüberſtellung gegen den bei Errichtung des Teſtaments lebenden Sohn, im Eingang der Stelle, weiſt klar auf den Gedanken hin: mit ſeiner Geburt hat der Poſtumus die Rechte eines ſolchen Sohnes, er vernichtet alſo den ihn übergehenden Grad ſofort, auch wenn dieſer noch nicht an der Reihe iſt. — Zu vergleichen iſt etwa mit der obigen Wendung l. 231 D. de V. S. 50. 16.

allein den zweiten, ſondern auch den dritten Grad vernichten[18]). Das iſt eine weitere Anwendung des erwähnten eigenthümlichen Rechtsſatzes über den Poſtumus.

Der Vollſtändigkeit wegen ſind hier noch zwei Entſcheidungen anzuknüpfen, die ſich gleichfalls auf den in Frage ſtehenden Fall beziehen, wo der Poſtumus im erſten Grade enterbt, im zweiten übergangen iſt. Sind in einem ſolchen Falle im erſten Grade mehrere Erben gerufen, ſo wird der Zeitpunkt wichtig, in welchem der Poſtumus erſcheint. Erfolgt dies, bevor einer der im erſten Grade Eingeſetzten weggefallen iſt, ſo wird die Subſtitution vernichtet, und deßhalb wächſt der Theil eines in der Folge ausfallenden Delaten des erſten Grades den neben dieſem im Teſtament Gerufenen an, mit Ausſchließung des Poſtumus[19]). Iſt dagegen ſchon vor dem Erſcheinen des Poſtumus einer der Erben des erſten Grades ausgefallen, bevor er erworben hatte, iſt demnach in deſſen Stelle für die Berufung aus dem Teſtament der Subſtitut eingetreten, ſo findet ſich der Poſtumus bei ſeinem Erſcheinen von einzelnen der jetzt neben einander ſtehenden Teſtamentserben enterbt, von andern nicht. Dieſe ungültige Enterbung aber führt zur gänzlichen Vernichtung beider Grade[20]).

Die zuletzt (bei Anm. 19 und 20) erörterten Ausſprüche der Quellen erklären ſich leicht. Die in l. 14 pr. D. de lib. 28. 2 enthaltene Entſcheidung beſagt nur, daß zwar bis zum Erſcheinen des Poſtumus das Teſtament in allen Graden gültig iſt, daß aber in dieſem Zeitpunkt ſofortige Vernichtung des verletzenden Grades eintritt. In der Entſcheidung der l. 19 pr. cit. verbindet ſich der erſte dieſer beiden Sätze mit der in § 12 zu beſprechenden Regel, daß eine auf

---

[18]) l. 14 pr. D. de lib. 28. 2. Die Worte werden unten in Anm. 23 mitgetheilt.

[19]) l. 14 pr. cit. in f. — si alter ex institutis omiserit, quamvis postumus excludatur (sc. jure adcrescendi), non tamen magis substitutum admitti. Vergl. zu der Stelle Mühlenbruch S. 445—447. 449—451.

[20]) l. 19 pr. D. de injusto 28. 3. (Mit Rückſicht auf den in dieſer Stelle enthaltenen, oben im Text dargelegten Grundſatz können die mehreren im erſten Grade eingeſetzten Erben nicht anders als gleichzeitig antreten: l. 19 § 2 D. eod.) — Ueber das Ganze vergl. Mühlenbruch, welcher zuerſt (S. 440—451) dieſe Lehre befriedigend entwickelt hat; dazu Vangerow II § 470 Anm. I. B.

einzelne eingeſetzte Erben und damit auf deren Erbtheile beſchränkte Enterbung ungültig iſt.

Die eigentliche Schwierigkeit unſrer Lehre beſteht in der Aufgabe, den ſchon oben bei Anm. 14 hervorgehobenen Grundſatz zu erklären, daß der Poſtumus, ſobald er einmal einen ihn verletzenden Grad vernichtet, auch alle nachfolgenden Grade beſeitigt, wenngleich bei dieſen keine Uebergehung vorhanden iſt[21]). Anwendungen ſind die im Text unter a. bei Anm. 15 und 16 aus l. 5 pr. D. de injusto 28. 3, unter b. bei Anm. 18 aus l. 14 pr. D. de lib. 28. 2 mitgetheilten Entſcheidungen. Was ſich in der Litteratur an Aeußerungen über die Begründung des Satzes findet, kann nicht befriedigen. Während Schmidt (S. 38) ſich damit begnügt, den Satz natürlich zu finden, nennt ihn Leiſt (S. 100 f.) einen merkwürdigen Satz, der offenbar ein feſtgehaltener Ueberreſt des alten Ruptionsrechts ſei. Wenn ich die Aeußerung nicht mißverſtehe, ſo nimmt ſie an, die alte Regel „postumi adgnatione testamentum rumpi“ habe die ausgedehnte Bedeutung, daß mit jedem vom Poſtumus bei ſeinem Erſcheinen vorgefundenen fehlerhaften Grade auch die folgenden Grade rumpirt würden. Nun iſt aber jene Regel ſelbſt nur Erzeugniß der Jurisprudenz: darum bleibt die Frage ſtehen, warum man einen ſo eigenthümlichen Grundſatz ertrug, wenn es ihm an innerer Begründung fehlte. Zudem findet weder Ulpian, indem er die Regel vorträgt[22]), noch African, indem er eine Anwendung derſelben beſpricht[23]), etwas Auffälliges an ihr zu bemerken. — Mühlenbruch[24]) nimmt die von einer Reihe älterer Schriftſteller aufgeſtellte Erklärung auf;

---

[21]) Die Frage, ob der Grundſatz auch für ſolche nachſtehende Grade gilt, welche eine gültige Einſetzung des Poſtumus enthalten, wird am Schluſſe dieſer Erörterung beantwortet werden.

[22]) Ulp. l. 5 cit.: — rumpendo autem testamentum *sibi locum facere postumus solet*, quamvis filius sequentem gradum, a quo exheredatus est, patiatur valere. (An dieſe Worte fügt ſich der Schlußſatz in Anm. 15 unmittelbar an.)

[23]) Afric. l. 14 pr. cit.: — itaque si a primo gradu exheredatus, a secundo praeteritus, a tertio exheredatus sit (sc. postumus) et viventibus primis et deliberantibus decedat, quaeri solet omittentibus primis aditionem utrum ad eos, qui tertio gradu scripti sint, an potius ad legitimos heredes pertineat hereditas. quo et ipso casu rectius existimari putavit ad legitimos eam pertinere. —

[24]) A. a. O. S. 447 f. Frühere Vertreter der Anſicht daſ. Anm. 94.

ſie iſt dieſe: Uebergehung der lebenden Söhne erzeugt unbedingte Nichtigkeit des Grades, von welchem dieſelben präterirt ſind, — folglich wird nur der gültige Grad beachtet. Der Poſtumus dagegen rumpirt ein an ſich gültiges Teſtament; da nun durch die Agnation des Poſtumus ein Teſtament ſeinem ganzen Inhalt nach zerſtört wird[25]), ſo können auch die folgenden Grade nicht beſtehen bleiben, wenngleich in Anſehung ihrer der Poſtumus gehörig enterbt ſein ſollte. Damit wird handgreiflich idem per idem erklärt, es ſoll ja grade geſagt werden, warum mit dem verletzenden Grade auch die folgenden vernichtet werden.

Francke (S. 81) geht gleichfalls vom Gegenſatz zum Recht beim lebenden Hausſohn aus. Während bei Letzterem — ſo führt er aus — Nichtigkeit der Erbeseinſetzung von Anfang an beſtehe, ſei das Teſtament beim Poſtumus von Anfang an gültig errichtet, dieſer hebe erſt dadurch, daß er ſpäter Notherbe werde, den erſten Grad auf: da nun dieſer Grad nur durch das Einrücken des Poſtumus aufgehoben werde, ſo müſſe der Poſtumus auch ſelbſt zur Erbſchaft zugelaſſen werden[26]). — Hierin ſcheint eine petitio principii zu liegen: iſt es denn ohne Weiteres ausgemacht, daß der einzelne Grad durch das Einrücken des suus beſeitigt wird? Iſt nicht vielmehr der Cauſalzuſammenhang umgekehrt der: der Poſtumus rückt nur ein (kraft geſetzlicher Erbfolge), weil alle Grade fallen? Hat dieſe Auffaſſung Recht, ſo muß der Grund der Beſeitigung des ganzen Teſtaments anderswo liegen. — Indeſſen glaube ich doch, daß Francke's Bemerkungen eine richtige Anſchauung enthalten, für die nur der tiefere Grund anzugeben iſt. Um meine Anſicht darzulegen, muß ich vorwegnehmen, was im § 7 (unter IV) über die geſchichtliche Begründung der Regel des Notherbenrechts, daß der Erblaſſer ſeine sui zu Erben einſetzen oder enterben muß, ausgeführt werden ſoll. Nach meiner Ueberzeugung hat dieſe Regel zwar verhüten ſollen, daß das Teſtament einzelne sui dem wahren Willen des Erblaſſers zuwider ſtillſchweigend ausſchlöſſe; allein um dem mit der Regel gegebenen

[25]) Citirt werden l. 1 in f. C. de postum. 6. 29. l. 15 in f. D. de injusto 28. 3, — Stellen, in denen von einer Mehrheit von Graden nicht gehandelt wird. Der von Mühlenbruch hervorgehobene Satz ſelbſt wird übrigens nicht uneingeſchränkt von den Römern aufgeſtellt. Vergl. l. 3 § 6 D. eod.

[26]) Eine ähnliche Auffaſſung dürfte den Bemerkungen von Arndts, civil. Schriften II S. 567 a. E. zu Grunde liegen.

Angriff auf die hergebrachte Teſtirfreiheit Anerkennung zu verſchaffen, nahm man den Satz zu Hülfe, daß die sui als teſtamentariſche wie geſetzliche Erben die Erbſchaft *ipso jure* erwerben: eben damit vermochte man die Anforderung zu begründen, daß das Teſtament den nicht zum Erben eingeſetzten suus durch Enterbung beſeitigen müſſe. Von hier aus aber mußte man, ſeit man anfing die Regel des Notherbenrechts auch auf den postumus suus anzuwenden, dazu gelangen, daß man den Poſtumus, ſobald er bei ſeinem Erſcheinen auf einen fehlerhaften Grad traf, nicht allein dieſen Grad beſeitigen, ſondern auch der eignen Erbberechtigung Raum verſchaffen ließ: eben darin lag das Zuſammenfallen aller folgenden Grade.

Man wird einwerfen, daß meine Erklärung nicht auf den Poſtumus paßt, welcher ſchon bei Lebzeiten des Erblaſſers erſcheint: bei dieſem kann doch nicht an ein ſofortiges Wirkſamwerden der eignen Erbberechtigung gedacht werden. Allein darauf iſt zu entgegnen, daß die Grundſätze über die Einſetzung der Poſtumi ohne Frage von den nach des Erblaſſers Tode zur Welt kommenden Nachgebornen ausgegangen ſind. So zunächſt von den ſ. g. postumi legitimi, Deſcendenten, welche, wenn ſofort nach der Teſtamentserrichtung geboren, ſofort sui geweſen wären, — ſo ferner von den ſ. g. postumi Aquiliani d. h. ſolchen entfernteren Nachkommen von zur Zeit der Teſtamentserrichtung lebenden Deſcendenten, welche auf den Fall eingeſetzt wurden, daß die Letzteren vor dem Erblaſſer wegfielen[27]). An dieſen älteſten Fällen aber wird ſich der Satz gebildet haben, daß in Folge des Erſcheinens des übergangenen Poſtumus alle Grade ungültig werden; ſeine ſpätere Uebertragung auf die vor dem Tode des Erblaſſers auftretenden Poſtumi erklärt ſich dann aus dem Bedürfniß, für alle Poſtumi gleiches Recht zu ſchaffen. — Auf eben dieſe Weiſe läßt ſich auch wohl das Bedenken beſeitigen, daß zufolge der hier zu erklärenden Regel die ſpäteren Grade auch dann ſofort hinfällig werden, wenn der Poſtumus bei ſeinem Erſcheinen auf einen nächſten Grad trifft, der ihn in gültiger Weiſe ausſchließt[28]). Derartige verwickeltere Fälle werden die Aufmerkſamkeit der Jurisprudenz erſt auf ſich gezogen haben, als die Regel, der beſtimmt ein hohes Alter zukommt, längſt in allgemeiner Geltung ſtand.

---

[27]) Ulp. **22**. 19. l. 29 pr. D. de lib. 28. 2. — Näheres im § 8; einſtweilen iſt zu vergleichen Vangerow II § 468 Anm. 1 unter 1 und 2.

[28]) Vergl. die Stellen der Anm. 12.

Für die hier vertheidigte Anſicht ſpricht es, wenn in den Quellen betont wird, daß der Poſtumus durch die Ruption die eigne Erbberechtigung zur Geltung bringe[29]).

Uebrig iſt die Frage, ob auch dann das ganze Teſtament von der Ruption ergriffen wird, wenn unter den ſpäteren Graden ſich ein ſolcher befindet, bei welchem eine gehörige Einſetzung des Poſtumus vorliegt[30]). Bei der Art, wie wir den Grund der Regel beſtimmt haben, müſſen wir auch einen derartigen Grad unwirkſam werden laſſen. Denn wenn in jener Regel der Gedanke zu Tage tritt, daß der Poſtumus den einzelnen Grad vernichtet, um ſelbſt als geſetzlicher Erbe einzutreten, ſo iſt damit die Möglichkeit abgeſchnitten, daß ihm aus der Subſtitution deferirt werde.

§ 6.

c. Rechtliche Wirkungen der Möglichkeit demnächſtiger Vernichtung des Teſtaments durch einen Poſtumus*).

Der Umſtand, daß ein Poſtumus zu erwarten iſt, den der Erblaſſer nicht nach Vorſchrift des Notherbenrechts im Teſtament berückſichtigt hat, deſſen Erſcheinen demnach das Teſtament vernichten würde, bewirkt allgemein ein Hinderniß der Delation der teſtamentariſchen Erbfolge. Vorausſetzung iſt dabei, daß die Frau, welche den künftigen Notherben zur Welt bringen ſoll, wirklich ſchwanger iſt: eben dies begründet, wie man in neuerer Zeit mit Recht betont hat[1]), den Unterſchied des uns allein intereſſirenden objectiven Delationshinderniſſes und eines verwandten ſubjectiven Erwerbshinderniſſes. Letzteres liegt vor, wenn ein Erbe,

---

[29]) Ulp. l. 5 D. de injusto 28. 3: — rumpendo autem testamentum *sibi locum facere postumus solet.* — Afric. l. 14 pr. D. de lib. 28. 2: secundum tamen gradum vitiari placet *ad hoc, ut praetermittentibus institutis ipse heres existat.* —

[30]) Die Anſichten gehen hier auseinander. Vangerow II § 470 I B. 3 läßt auch den Grad wegfallen, in welchem der Poſtumus als Subſtitut erſcheint; er behandelt die Regel von der Ruption des ganzen Teſtaments als eine allgemeine. — Mühlenbruch meint (S. 453. 454), nach ſtrenger Conſequenz müſſe auch die Einſetzung des Poſtumus fallen; unverſtändlich bleibt dabei, wie es von Mühlenbruch als eine Sache freier Entſcheidung behandelt wird, ob der Poſtumus von ſeinem Inteſtaterbrecht Gebrauch machen wolle. — Leiſt, Fortſ. III S. 101 Anm. 15 nimmt Aufrechthaltung der Subſtitution an.

*) Francke S. 86—96. Schmidt S. 9—11.

[1]) So zuerſt Schmidt a. a. O.

der nur durch Willenserklärung erwerben kann, ſich in Irrthum oder Unkenntniß rückſichtlich der Thatſache der Schwangerſchaft einer Frau befindet, welche einen das Teſtament vernichtenden oder auch nur einen ihm ſelbſt (dem Erben) vorgehenden Poſtumus gebären ſoll[2]).

Aber auch das Gebiet des uns intereſſirenden objectiven Hinderniſſes iſt noch abzugrenzen gegenüber einem mit Letzterem zuſammenhängenden Hinderniß gleicher Art. Wie Ulpian in l. 30 § 1 D. de A. v. O. H. 29. 2. (Anm. 2) durch Berufung auf einen von der Jurisprudenz gebildeten Rechtsſatz lehrt, tritt jedem Erben, der ſich für ſeine Erbberechtigung auf Teſtament oder Geſetz ſtützt, ein Delationshinderniß entgegen, wenn die Geburt eines beſſer berechtigten Erben in Wahrheit in Ausſicht ſteht[3]). Auch das iſt ein objectives Hinderniß; denn indem das Recht die mögliche Erbberechtigung des Ungeborenen in Rechnung bringt, wird die nächſte Erbberechtigung des lebenden Prätendenten in Frage geſtellt. Darum wird dieſem ſo lange nicht deferirt, bis es ſich entſchieden hat, ob der beſſere Erbe in's Daſein tritt oder nicht. In der That liegt in den Quellen die angegebene juriſtiſche Natur des Hinderniſſes klar zu Tage[4]). — Bisher war nur von einem Hinderniß für den ſchlechter Berechtigten die Rede: zur Ergänzung dient eine Einſchränkung der

---

[2]) So in Anwendung auf eingeſetzte Erben die unten zu beſprechende l. 84 D. de A. v. O. H. 29. 2 (Papin.) in den Worten: — sed si vacuo ventre mulier fuit, — emancipatus aut exter non aliter possunt hereditatem quaerere, quam si non esse praegnatem (sc. mulierem) sciant —. Ferner begegnet in Anwendung auf jeden heres voluntarius bei Ulpian, l. 30 § 1 D. eod., ein Rechtsſatz, welcher das ſubjective Hinderniß mit der ſogleich im Text zu erwähnenden zweiten Anwendung des objectiven Delationshinderniſſes ſo verbindet: Quod dicitur „proximus a filio postumo heres, dum mulier praegnas *est aut putatur esse*, adire hereditatem non potest: sed si scit non esse praegnatem potest" accipe proximus a ventre, qui suum heredem pariturus est. et non solum ad testatos haec verba, *verum ad intestatos quoque* pertinent. et in eo ventre idem accipias, qui *legitimum vel consanguineum* pariturus est —.

[3]) Darauf weiſt ſchon das „proximus a filio postumo" der l. 30 § 1 cit. hin (Anm. 2); mehr noch die folgende Fortſetzung der in Anm. 2 abgedruckten Stelle: — quoniam mortis tempore qui in utero est, quantum ad moram faciendam *inferioribus* et sibi locum faciendum si fuerit editus, pro jam nato habetur. (Den Schluß bildet der Hinweis auf die gleiche Behandlung der bonor. possessio.)

[4]) Vergl. außer l. 30 § 1 cit. den § 4 eod., ſodann l. 3 D. si pars 5. 4. l. 3 § 9 D. de suis 38. 16. Dazu Leiſt, Fortſ. II S. 196—199.

Delation an den eventuell neben dem erwarteten Kinde zur Erbfolge Gerufenen: für die erwartete Geburt werden drei Kopftheile zurückbehalten, nur der Reſt wird einſtweilen den lebenden Erben deferirt [5]).

Dieſen Beſtimmungen tritt in dem Eingangs erwähnten Falle, wo ein Poſtumus in Ausſicht ſteht, deſſen Geburt das Teſtament wegen Präterition vernichten würde, die Regel gegenüber (l. 84 D. de A. v. O. H. 29. 2): — quamdiu rumpi testamentum potest, *non defertur ex testamento hereditas*. Der Satz wird in den Quellen deutlich als ein Ausfluß deſſelben Princips behandelt, aus welchem die ſoeben dargeſtellten Beſtimmungen gefloſſen ſind [6]). Und doch zeigen ſich weſentliche Unterſchiede in der Handhabung wie in der Begründung. Während in der obigen Anwendung nur die Delation an den hinter dem Poſtumus ſtehenden Erben ganz ausgeſetzt, die an den gleichberechtigten Erben blos in ihrem Umfange beſchränkt iſt, beſagt der Satz der l. 84 cit., daß bei zu befürchtender Ruption keinem Teſtamentserben deferirt wird, auch nicht dem eingeſetzten Notherben, der auf alle Fälle neben dem Poſtumus zur Erbfolge gelangen würde [7]). Und das erklärt der Grund des Satzes: nicht das gegenwärtige Beſtehen der Erbberechtigung oder deren Umfang iſt — wie in den beſprochenen Anwendungen — bei dem Teſtamentserben objectiv ungewiß; denn das Teſtament iſt zur Zeit völlig gültig. Aber ungewiß iſt, ob ſich der letzte Wille als dauernde Grundlage der Erbfolge bewähren wird; darum unterbleibt vor der Hand jede Delation aus dem Teſtament.

Nur der zuletzt beſchriebene Rechtsſatz iſt ein der Notherbfolge eigenthümlicher; daher iſt nur noch von ihm zu reden. Es iſt hier zunächſt die das Hinderniß begründende Regel des Civilrechts darzuſtellen, — an zweiter Stelle eine auf eingeſetzte Notherben beſchränkte, deren Sicherung gegen nachtheilige Folgen des Delationshinderniſſes bezweckende Rechtshülfe des prätoriſchen Rechts.

---

[5]) l. 3. 4 D. si pars 5. 4.

[6]) In l. 30 § 2 D. de A. v. O. H. 29. 2 führt Ulpian die in Anm. 2 und 3 mitgetheilte Auseinanderſetzung ſo weiter: Sive igitur putem praegnatem, *sive sit revera praegnas*, quae eum paritura est qui suus heres futurus est, adire hereditatem non possum, *quoniam in eo est, ut rumpatur testamentum, nisi si proponas ventrem institutum vel exheredatum.*

[7]) l. 84 cit. l. 16 D. de lib. 28. 2. l. 4 § 3 D. de bo. poss. co. tab. 37. 4.

A. Die l. 84 D. cit. von Papinian beſagt genauer: bei Uebergehung eines erwarteten Poſtumus des Erblaſſers wird weder deſſen eingeſetztem bisherigen Hausſohne noch dem Emancipirten oder Fremden die Erbſchaft aus dem Teſtament deferirt, ſo lange Ruption durch den Poſtumus möglich iſt. Daß bei nicht wirklich vorhandener Schwangerſchaft das Hauskind, da von ihm keine Antretungshandlung gefordert wird, ohne Weiteres erwerben ſoll, während der Emancipirte und der Fremde auch ſo nur antreten können, wenn ihnen der wahre Sachverhalt bekannt iſt (l. 84 D. cit.), hat nur Bedeutung für das oben erwähnte Erwerbshinderniß. — In Einem Falle jedoch kommt es ſchon nach Civilrecht trotz des Delationshinderniſſes zum Erbſchaftserwerb; iſt im Teſtament ein Hausſohn — und Gleiches gilt von jedem andern suus — als Alleinerbe und ohne Subſtituten gerufen, ſo wird derſelbe nach Afric. l. 16 D. de lib. 28. 2 im letzten Augenblick ſeines Lebens Inteſtaterbe, weil es jetzt feſtſteht, daß Niemand auf Grund des Teſtaments Erbe wird. Denn indem jenes Hinderniß noch in der Todesſtunde des suus fortwirkt, wird nach römiſcher Anſchauung vor deſſen Ableben das Teſtament deſtitut, der suus erwirbt alſo ipso jure als geſetzlicher Erbe. Dieſen Fall berückſichtigt die l. 84 cit. nur darum nicht, weil Papinian das Daſein von Miterben oder Subſtituten vorausſetzt[8]): African ſelbſt ſpricht im erſten Theil der l. 16 cit. von einem Subſtituten und läßt dieſen den Notherben unbedingt ausſchließen.

B. Die l. 84 cit. und in Uebereinſtimmung mit ihr Paul. l. 4 § 3 D. de bo. poss. co. tab. 37. 4 bezeichnen es als unbillige Härte, daß das eingeſetzte gewaltunterworfene wie gewaltfreie Kind des Erblaſſers um des beſchriebenen Hinderniſſes willen nicht ſollte erwerben können, da ihm doch neben der Berufung durch den letzten Willen eine dem Anſpruch des Poſtumus gleichſtehende geſetzliche Erbberechtigung zukomme. Mit Rückſicht auf letzteren Umſtand ſoll daher ein ſolcher Eingeſetzter noch vor beſeitigtem Hinderniß eine bonor. poss. contra tabulas erhalten, damit er die Erbſchaft auf ſeine Erben transmittire. Die bonor. possessio iſt nach der deutlichen Erklärung von Papin. l. 83 cit. und gewiß auch im Sinne des Paulus als decre-

[8]) Nur unter dieſer Vorausſetzung konnte der Juriſt uneingeſchränkt ſagen: ſterbe das Hauskind während ſchwebender Ungewißheit, ſo hinterlaſſe es ſeinen Erben Nichts.

talis zu beſtimmen; ſie hat einen ganz beſonderen Werth für den Emancipirten, dem die ausnahmsweiſe Vergünſtigung aus l. 16 D. de lib. 28. 2 nicht zu Theil wird, und der nach dem vorhin Bemerkten auch gegenüber dem ſubjectiven Erwerbshinderniß ungünſtiger ſteht, als der eingeſetzte suus. Iſt der Deſcendent ohne Nachſuchung der bon. possessio geſtorben, ſo dürfen noch ſeine Erben nach Julian l. 5 D. de bo. poss. co. tab. 37. 4 ein Decret des Magiſtrats dahin auswirken, daß ihnen je nach der beim Wegfall der Ungewißheit über die Ruption des Teſtaments vorhandenen Sachlage die Vortheile der bon. poss. *secundum tabelas* oder *contra tabelas*[9]) gewährt werden. Man ſtreitet darüber, ob hier von einer decretalis bon. possessio[10]) oder von einer Wiedereinſetzung in den vorigen Stand auf Gewährung der Vortheile der bonor. possessio[11]) die Rede iſt: ich entſcheide mich für die zweite Auffaſſung theils in Rückſicht auf verwandte in den Quellen dargebotene Vorgänge[12]), theils weil es an jeder Analogie fehlt für die behauptete bon. poss. decretalis zu Gunſten der Erben des Berufenen, wo dieſer ſelbſt den Erwerb des Erbbeſitzes verſäumt hat.

Man wird nicht in Abrede ſtellen können, daß dem eingeſetzten suus die bon. poss. decretalis der l. 84 und l. 4 § 3 citt. auch da offen ſtand, wo das Teſtament weder Miterben noch Subſtituten ernannte, der suus alſo wenigſtens die Ausſicht hatte, daß er im Augenblick ſeines Todes — bei noch beſtehender Ungewißheit über das Erſcheinen des Poſtumus — nach l. 16 D. de lib. 28. 2 zur geſetzlichen Erbfolge gelangen würde[13]). Dagegen iſt es nicht wohl glaublich, daß in dem gleichen Falle noch den Erben des Berufenen die Rechtshülfe aus l. 5 D. de bo. poss. co. tab. 37. 4 zu gut kam:

---

[9]) Zu denken iſt in dieſem Falle, wie bei der bon. poss. decretalis des Textes, an eine bon. poss. contra tabulas commisso per alium edicto.

[10]) So u. A. Francke S. 92. Schmidt S. 11 Anm. 24. Vangerow II § 400 unter II. 3. Leiſt a. a. O. S. 227 f.

[11]) Dafür Huſchke in Richter's krit. Jahrb. V S. 32. Schirmer, Handb. d. Erbr. I S. 84 in Anm. 23.

[12]) l. 86 D. de A. v. O. H. 29. 2. l. 6 § 1. l. 42 § 3 D. de bon. libert. 38. 2.

[13]) Trotz des geſicherten civilen Erbſchaftserwerbs hatte ja die bonor. possessio einen ſelbſtändigen Werth. Ferner konnte der Berufene mindeſtens daran ein Intereſſe haben, daß es zur Erbfolge aus dem Teſtament kam, z. B. wegen einer vom Teſtament abhängigen Pupillarſubſtitution.

war denſelben einmal von ihrem nächſten Erblaſſer her die geſetzliche Erbfolge in den Nachlaß des entfernteren Erblaſſers zugefallen, ſo vertrug ſich damit ſchwerlich das in l. 5. cit. verheißene commodum bon. possessionis *secundum* tabulas vel *contra* tabulas[14]).

Die l. 84 cit. bemerkt auch vom eingeſetzten *extraneus* heres, daß er durch die mögliche Ruption des Teſtaments am Erbſchaftserwerb gehindert werde; ſie äußert ſich aber nicht darüber, ob ihm gegenüber dieſem Hinderniß Hülfe zu Theil wird. Indeſſen kann die Verneinung der Frage nach dem Inhalt der l. 84 cit. wie der l. 4 § 3 cit. keinem Zweifel unterliegen. Die in dieſen Stellen in Ausſicht genommene bon. poss. contra tabulas iſt an ſich dem extraneus unzugänglich: dazu kommt, daß die beiden ſoeben genannten Fragmente ihre den eingeſetzten Notherben günſtige Entſcheidung auf deren doppelte Erbberechtigung ſtützen[15]).

Ein weiteres Eingehen auf das hier beſprochene prätoriſche Inſtitut muß abgelehnt werden; daſſelbe iſt nur im Zuſammenhang der Lehre von der ſ. g. transmissio ex capite in integrum restitutionis genügend zu würdigen[16]).

B. Geſchichtliches über die Entwicklung des civilen (formellen) Notherbenrechts.

§ 7.

1. Der Entwicklungsgang und die treibenden Gedanken.

Es iſt für die Darſtellung des formellen Notherbenrechts von großer Bedeutung, daß man die Grundgedanken feſtzuſtellen ſucht, auf denen die dieſe Lehre beherrſchenden Regeln beruhen und die deren geſchichtliche Aufeinanderfolge beſtimmt haben. Da dieſer Aufgabe in der Schrift von Ad. Schmidt eine vorzügliche Behandlung zu Theil geworden iſt, ſo wird ſich unſre Darſtellung auf vielen Punkten an die von Schmidt gewonnenen Reſultate anlehnen. Zu beſtimmen ſind der erſte Anfang des civilen Notherbenrechts (I), der Entwicklungsgang deſſelben (II), das Alter der im claſſiſchen

[14]) Dieſes Bedenken ſcheint Francke überſehen zu haben, wenn er (S. 94 f.) beim Fall der l. 16 cit. ſowohl die bon. poss. decretalis der l. 4 § 3 cit. wie die weitere Hülfe der *l. 5 eod.* begründet findet.

[15]) So auch Leiſt a. a. O. S. 207.

[16]) In dieſer Verbindung iſt es in neueſter Zeit dargeſtellt von Leiſt II S. 200—212.

Recht das ganze Inſtitut beherrſchenden Regel über die Nothwendigkeit der Einſetzung oder Enterbung der sui (III), der treibende Gedanke dieſer Regel (IV). Zu einer ausführlicheren Beſprechung fordert bei Lage der Quellen die Rechtsentwicklung auf, durch welche ſchrittweiſe die Möglichkeit letztwilliger Bedenkung der Poſtumi begründet iſt. Hierauf wird im § 8 eingegangen werden.

I. Der in den Rechtsquellen zu vielen Malen ausgeſprochene Satz, daß die Agnation eines (im Teſtament übergangenen) Poſtumus das Teſtament vernichte, tritt in einigen dahin gehörigen Stellen als eine ſeit alter Zeit beſtehende Regel auf[1]). Wichtiger ſind zwei Aeußerungen von Cicero, in denen es als unanfechtbar hingeſtellt wird, daß das Teſtament durch einen ſpäter gebornen Sohn des Erblaſſers vernichtet werde[2]). Und doch war noch zu Cicero's Zeit die Möglichkeit, einen Poſtumus im Teſtament zum Erben einzuſetzen oder zu enterben, eine beſchränkte: ſie beſtand namentlich, auch ſeit die Formel des Aquilius Gallus aufgeſtellt war, nicht für Poſtumi, die bei Lebzeiten des Erblaſſers geboren wurden. (Vergl. § 8). Demnach mußte die von Cicero überlieferte Regel ſelbſt zu jener Zeit für gewiſſe Fälle eine durch Berückſichtigung des Poſtumus gar nicht abwendbare Folge von deſſen Erſcheinen bezeichnen: dem entſpricht auch die abſolute Faſſung, in welcher die Regel bei Cicero auftritt. — Erwägt man ferner, daß dieſe durch die Thätigkeit der Juriſten begründet iſt, ſo muß aus dem Umſtande, daß ſie als völlig unbeſtreitbar behandelt wird, auf eine weit vor Cicero liegende Entſtehungszeit derſelben geſchloſſen werden. Und

---

[1]) So namentlich a. Ulp. l. 12 pr. D. de lib. 28. 2: *Quod dicitur* filium natum rumpere testamentum —. Das „quod dicitur" zeigt die von der Jurisprudenz formulirte Regel an. (Vergl. auch die Stelle aus Cic. de orat. I. 57 in Anm. 2). b. l. 3 C. de postum. 6, 29, wo Juſtinian eine von ihm entſchiedene Streitfrage über eine einzelne Anwendung des Satzes den veteres zuſchreibt.

[2]) Cic. de orat. I. 57. Cicero läßt den Antonius ſagen, daß Anſprüche, bei denen die Rechtsfrage einem Zweifel nicht unterliege, regelmäßig nicht zum Rechtsſtreit gedeihen; ſein Beiſpiel lautet: Num quis eo testamento, quod paterfamilias ante fecit, quam ei filius natus esset, hereditatem petit? *nemo: quia constat adgnascendo rumpi testamentum.* — Cic. pro Caec. 25. Der Redner beſpricht den Gegenſatz der That- und der Rechtsfrage: bei Erſterer könne dem Geſchwornen von der Partei zugemuthet werden, die Feſtſtellung ſo oder anders zu machen; im Gegenſatz dazu werden Rechtsfragen erwähnt, bei denen dies unmöglich, und hier lautet das erſte Beiſpiel: hoc non potest (sc. dici judici): cui filius adgnatus sit, ejus testamentum non esse ruptum judica.

das wird eine Zeit sein, wo man den Satz von der Unzulässigkeit der Bedenkung einer persona incerta überall noch nicht zu Gunsten eines Postumus beschränkt hatte.

Ich nehme demnach mit Schmidt[3]) an, daß in jener Regel der erste Anfang des civilen Notherbenrechts zu suchen ist. Nicht allein war das Bedürfniß einer Hülfe für solche sui, auf die rechtlich im Testament keine Rücksicht genommen werden konnte, ein besonders dringendes, es wird auch die getroffene Auskunft, statt der Zulassung letztwilliger Bedenkung der Nachgebornen den letzten Willen als ungültig zu behandeln, als Beweis einer ziemlich rohen Rechtsauffassung angesehen werden müssen. Der Satz kann unmöglich zu einer Zeit entstanden sein, wo man dem lebenden Notherben schon mittelst der dem Erblasser gestellten Alternative der Einsetzung oder Enterbung Schutz gewährte[4]).

II. Auf dieser Grundlage läßt Schmidt die Entwicklung in folgender Weise verlaufen. Zunächst hätte man im Wege der Analogie den für die eigentlichen Postumi in's Leben gerufenen Satz auf diejenigen Angehörigen des Erblassers übertragen, welche postumorum loco sind. Diese Personen konnten zwar, so wird hervorgehoben, schon vor ihrem Eintritt in die Classe der sui zu Erben eingesetzt werden, aber die Zufälligkeit einer solchen Berücksichtigung mußte das Bedürfniß einer vom Recht zu gewährenden Hülfe bestehen lassen. — Erst nachdem auch dieser Schritt gethan war, soll man die Nothwendigkeit der Einsetzung oder Enterbung bei den von Anfang an vorhandenen Notherben anerkannt haben. Schmidt stellt als Vorgänge, welche hier das Bedürfniß einer Beschränkung der Testirfreiheit fühlbar machen mußten, das Nichtgedenken aus Irrthum über das Dasein

---

[3]) A. a. O. S. 8 f. Uebereinstimmend Heumann S. 302 a. E. S. 303. 309. Walter, röm. Rechtsgeschichte II § 650, auch wohl Leist, Forts. III S. 89. — Francke S. 19 spricht sich zwar dafür aus, daß die Ruption eines Testaments durch einen Postumus früher ausgemachten Rechtens gewesen sei, als bei einem schon lebenden übergangenen Kinde die Nichtigkeit des Testaments; aber er äußert sich nicht darüber, ob er die Entstehung jenes ersten Satzes in die Zeit verlegt, wo noch keine Möglichkeit der Einsetzung eines Postumus bestand. — Zweifelnd Stintzing, krit. Viertelj. Schr. V. 137.

[4]) Demnach ist es nicht zu begründen, wenn man in dieser alternativen Vorschrift, zu welcher der Fall irrthümlicher Präterition den ersten Anstoß gegeben hätte, den Keim des Notherbenrechts sehen will. So Bachofen, lex Voconia S. 54—57. Vergl. dazu unten Num. III.

des Notherben und das liebloſe Nichtberückſichtigen neben einander. Von der Art, wie der durch die Regel des Notherbenrechts in unzureichender Weiſe gewährte Schutz gegen die zuletzt erwähnte materielle Ungerechtigkeit ergänzt ſein ſoll, wird unter IV geſprochen werden. — Die letzte Stufe wird in der Ausbildung der testamenti factio für die Poſtumi, ſomit der Uebertragung des erwähnten, für lebende sui geſchaffenen Grundſatzes auf die Nachgebornen gefunden. Fördernd mußte hierbei nach Schmidt die Unerträglichkeit eines Zuſtandes ſein, wonach das Entſtehen eines Poſtumus unvermeidlich zur Vernichtung des Teſtaments führte [5]).

In Einem Punkte, der übrigens wenig erheblich, ſcheint uns die Annahme der dargeſtellten geſchichtlichen Aufeinanderfolge der einzelnen Grundſätze ſehr zweifelhaft. Es iſt fraglich, ob man früher zum Schutz für die Quaſipoſtumi, durch die Uebertragung der Regel „postumi adgnatione testamentum rumpi“ gekommen iſt, oder zur Aufſtellung der wiederholt genannten alternativen Verpflichtung des Erblaſſers gegenüber den lebenden sui. Daß ein Schutz der Letzteren gegen willkürliches oder irrthümliches Uebergehen unentbehrlich ſei, konnte den Römern nicht lange verborgen bleiben. Und man wird mit deſſen Verwirklichung nicht gezögert haben, nachdem einmal in der Aufſtellung jenes Rechts für die Poſtumi die Unantaſtbarkeit des Teſtaments aufgegeben war. — Gewiß iſt dagegen (mit Schmidt) anzunehmen, daß die Anforderung an den Erblaſſer, des Poſtumus im Teſtament zu gedenken, im Wege der Entlehnung der für lebende sui aufgeſtellten Regel Geltung erlangt hat. Denn an ſich lag der Gedanke gewiß nicht nahe, den Poſtumi mittelſt zweier ſelbſtändiger Inſtitute zur Hülfe zu kommen: das Beſtehen der für die lebenden Notherben geſchaffenen Regel wird ihn gezeitigt haben.

III. Die älteſte Nachricht von der dem Erblaſſer obliegenden Verpflichtung, ſeine sui zu Erben einzuſetzen oder zu enterben, findet ſich bei Cic. de orat. I. 38. Ueber einen im Felde ſtehenden Hausſohn war dem Vater eine falſche Todesnachricht zugegangen; dieſer hatte dann unter Aufhebung des früheren Teſtaments, in welchem der Sohn bedacht war, einen Fremden zum Erben eingeſetzt. Der nach ſeinem Ableben zurückgekehrte Sohn erhebt die Erbſchaftsklage; von dieſer wird geſagt: res delata est ad centum-

[5]) Vergl. Schmidt S. 12. 16. S. 17—20. S. 25 f.

viros, cum miles domum revenisset egissetque lege in hereditatem paternam testamento exheres filius [6]). Nempe in ea causa quaesitum est de jure civili, possetne paternorum bonorum exheres esse filius, quem pater testamento neque heredem neque exheredem scripsisset nominatim. Daß dem Sohn die Erbſchaft zuerkannt wurde, zeigt der im Uebrigen unbedeutende Bericht über den gleichen Fall bei Valer. Max. VII. 7. 1. Man hat gemeint, in dieſer Erzählung ſei uns die Nachricht von der Entſtehung des formellen Notherbenrechts ſelbſt zugekommen [7]): allein unverkennbar ſetzt Cicero das Beſtehen der alternativen Verpflichtung des Vaters voraus, wie denn das von ihm beſprochene Teſtament eine exheredatio *inter ceteros* enthalten hatte. Nur das mußte bei dieſem einzelnen Fall deutlich empfunden werden, daß die Ausſchließung des Sohnes von der Erbfolge dem wahren Willen des Erblaſſers zuwiderlief; mit Rückſicht hierauf drehte ſich der Streit darum, ob die allgemein gefaßte Enterbungsclauſel einen ſolchen Erfolg begründen könne, ob man nicht namentliche Enterbung zu fordern habe. So bildete dieſer Rechtsſtreit den Anlaß zu der fortan beim Hausſohn feſtgehaltenen Anforderung einer verſchärften Form der Ausſchließung [8]); im Uebrigen beſtätigen Cicero's Worte die Aeußerung von Juſtinian in l. 4 pr. C. de lib. praet. 6. 28, urſprünglich habe der Sohn gleich andern Notherben inter ceteros enterbt werden können. Daraus iſt dann weiter zu entnehmen, daß das alternative Gebot des Notherbenrechts erheblich älter ſein muß, als Cicero's Schrift de oratore. Unter den ſonſt noch für dieſen Satz ſprechenden Gründen (Schmidt S. 57 Anm. 41) iſt hervorzuheben, daß die Regel des formellen Notherbenrechts jedenfalls weit älter iſt als die querella inofficiosi testamenti, dieſe aber noch in der Zeit der Republik entſtanden ſein dürfte. (Vergl. unten den § 49 unter I.)

IV. Es iſt jetzt noch der Grund der ſoeben mit Rückſicht auf die Entſtehungszeit beſprochenen, im Mittelpunkt des formellen Notherbenrechts ſtehenden Vorſchrift des Einſetzens und Enterbens aufzuſuchen. Früher hat man darüber geſtritten, ob nicht eine geſetzliche Grundlage derſelben, beſtehend in einem Ausſpruch der zwölf Tafeln,

---

[6]) Darüber, daß das „testamento exheres filius“ kritiſch nicht beanſtandet werden darf, vergl. Schmidt S. 57 Anm. 167.

[7]) So neuerdings Bachofen Anm. 4 cit.

[8]) Vergl. Schmidt S. 57 verb. mit S. 17. Kuntze, Curſ. § 886. (S. 699.)

zu behaupten ſei[9]). Eine ſolche Annahme wird indeſſen beſtimmt ausgeſchloſſen[10]) durch das Zeugniß des Pomponius in l. 120 D. de V. S. 50. 16, wonach die zwölf Tafeln volle Teſtirfreiheit gewährten; auch ſteht mit dieſer Aeußerung im Einklang, daß nirgends in den Quellen eine äußere Beglaubigung für die Regel des Notherbenrechts angerufen, daß wenigſtens in einer Stelle eine theoretiſche Begründung derſelben unternommen wird, — durch Ableitung aus einer bei den Römern bebiebten Vorſtellung vom Verhältniß der sui heredes zur Erbſchaft.

Es fragt ſich dann weiter, ob nicht in dieſer Ableitung der Gedanke aufgewieſen iſt, der die Regel erzeugt hat[11]). Jene Vorſtellung läuft darauf hinaus, daß die sui ſchon bei Lebzeiten des Gewalthabers gewiſſermaßen zu deſſen Vermögen mit berechtigt ſeien. Nun trifft zwar bei den meiſten Ausſprüchen dieſes Inhalts die Bemerkung von Schmidt zu (S. 18 Anm. 45), daß ſie nur den ipso jure ſich vollziehenden Erbſchaftserwerb der sui erklären wollen[12]): allein bezüglich der l. 7 pr. D. de bon. damnat. 48. 20 iſt eine ſolche Auslegung unmöglich. Paulus macht geltend, die naturalis ratio weiſe gleich einem ſtillſchweigenden Geſetz den Kindern das elterliche Vermögen zu, velut ad *debitam* successionem eos vocando (propter quod et jure civili suorum heredum nomen eis indictum [leg. inditum] est ac ne judicio quidem parentis nisi meritis de causis summoveri ab ea successione possunt). Damit knüpft der Juriſt das Notherbenrecht, wenn auch mit Voranſtellung des materiellen, unmittelbar an die ſoeben bezeichnete Anſchauungsweiſe an. Indeſſen hat damit unſre Unterſuchung eine haltbare Unterlage in keiner Weiſe gewonnen. Denn einmal ſoll jene Auffaſſung überall nur eine bildliche Erklärung gewähren; ſo müßten wir interpretiren, ſelbſt wenn der Gedanke einer Vergleichung nicht durch die in l. 7 cit. und den ver-

---

[9]) Vergl. die litterariſchen Nachweiſe in der Ausgabe des Theophilus von Reitz, zu § 3 J. de exher. lib. 2. 13. Dazu Mühlenbruch 36 S. 147 f., beſonders Anm. 28.

[10]) Vergl. Bluntſchli S. 10 f. Francke S. 15. Mühlenbruch a. a. O.

[11]) Die bejahende Anſicht wird in unſerer Zeit vertreten durch Bluntſchli S. 11—15. Bangerow II § 467 Anm. unter I, auch wohl Burchardi, Syſt. und Geſch. d. röm. Priv.-R. Abth. IV § 347.

[12]) So Gaj. II. 157. Paul. IV. 8 § 6 vergl. mit § 5. § 3 J. de hered. quae ab int. 3. 1. Paul. l. 11 D. de lib. 28. 2.

wandten Stellen gebrauchten Ausdrücke („velut“, „quasi“, „quodammodo“) angedeutet wäre. Und ſodann iſt die Aeußerung des Paulus günſtigſten Falls ein vom Standpunkt ſeiner Zeit dargebotener Begründungsverſuch, nicht eine geſchichtliche Nachricht über die Entſtehung der notherbrechtlichen Vorſchrift.

Bei allem dem iſt zu fragen, ob nicht wenigſtens ein richtiges Element in jener Erklärung verſteckt iſt. Sieht man ab von der Uebertreibung, die in dem Gedanken der Quellen liegt, als ſtehe den sui gewiſſermaßen eine Mitberechtigung am Vermögen des lebenden Familienvaters zu, ſo bleibt immer der Satz ſtehen, daß die sui die Erbſchaft im Zeitpunkt der Delation ohne Weiteres erwerben. War nicht Angeſichts einer ſo intenſiven Erbberechtigung zu fordern, daß der Erblaſſer ſolchen Erben die Nachfolge in das Vermögen durch ausdrückliche letztwillige Verfügung entziehen müſſe, und beruht nicht eben darauf der Satz des formellen Notherbenrechts[13])? Man wird in der That annehmen dürfen, daß die Römer unſre Regel in dieſer Weiſe begründet haben; doch läßt ſich dies nur in folgendem Sinne ſagen: man ſuchte auf ſolchem Wege die Verknüpfung des Notherbenrechts mit dem beſtehenden Recht zu gewinnen, um damit dem neuen Inſtitut Eingang zu verſchaffen; in Wahrheit aber kam es darauf an, einem praktiſchen Bedürfniß Geltung zu verſchaffen. Bevor auf die Darlegung dieſer Anſicht eingegangen wird, iſt von einer in der Gegenwart beliebten Erklärungsweiſe Nachricht zu geben.

Nicht wenige Neuere ſind der Anſicht, daß die römiſche Jurisprudenz die civile Regel aus beſtimmten Gründen der Zweckmäßigkeit zur Anerkennung gebracht habe. Die Art, wie man dieſe Gründe zu beſtimmen ſucht, iſt nicht durchweg die gleiche. Nach der einen Anſicht hat man zunächſt verhüten wollen, daß wider den Willen des Erblaſſers Kinder von der Erbfolge ausgeſchloſſen würden, von deren Daſein derſelbe im Augenblick der letztwilligen Verfügung keine Kenntniß hatte[14]). Auch dieſe Auffaſſung läßt ſich,

[13]) So Brinz, Abth. II § 173 S. 737. Leiſt Forſ. III S. 82 f., anſcheinend auch Scheurl, Nebenbeſtimmungen S. 312. Vergl. ferner Puchta, Pand. § 486 z. A. und Vorleſ. daſelbſt.

[14]) So Francke S. 19. Aehnlich Mühlenbruch 36 S. 151 f. Vergl. ferner das im Text über die Anſicht von Schmidt Bemerkte, ſodann Hartmann, über die querella inofficiosi S. 7 f. Daß Bachofen, lex Voconia S. 55—57, die Entſtehung des formellen Notherbenrechts auf den Fall des Irrthums zurück-

wie ich glaube, nicht abweiſen. Es ſoll weiter unten ausgeführt werden, daß ſie den letzten Grund für die Entſtehung des Notherbenrechts richtig bezeichnet, daß man aber bei deſſen Einführung die Regel über den ipso jure eintretenden Erwerb der sui in der oben angegebenen Weiſe zur Hülfe nahm.

Bei Schmidt (S. 17 — 20) tritt jene Berufung auf den möglichen Irrthum des Erblaſſers in Verbindung mit einem weiteren Element auf. Seine Anſicht geht dahin. Die Einführung des formellen Notherbenrechts ſollte für die beiden Möglichkeiten Abhülfe ſchaffen, daß ein Notherbe ohne den Willen des Erblaſſers ausgeſchloſſen würde, weil dieſer vom Daſein des suus keine Kenntniß hatte, — ferner daß der thatſächlich gewollte Ausſchluß die natürliche Pflicht des Familienvaters verletzte. — Nun wurde allerdings mit der Anforderung, das die sui im Teſtament nicht ſtillſchweigend durch Uebergehung, ſondern ausdrücklich durch Enterbung aus der Zahl der Erben entfernt werden ſollten, ſo viel erreicht, daß das Teſtament ſelbſt den Beweis lieferte, es habe der Erblaſſer den suus nicht aus Irrthum ausgeſchloſſen. Allein gegenüber materieller Ungerechtigkeit erwies ſich jene Vorſchrift unzulänglich. Um hier eine Ergänzung zu ſchaffen, legte die Jurisprudenz ihrer Thätigkeit das Prinzip zu Grunde, das Scävola in l. 19 D. de lib. 28. 2 mit den Worten wiedergibt: exheredationes non esse adjuvandas. Nicht des Formalismus wegen, ſondern im Dienſt der Gerechtigkeit entwickelte man die ſpitzfindige Form der Exheredation.

Letzterer Gedanke tritt dann wieder für ſich allein bei Köppen und Kuntze auf[15]): Beide ſprechen von einer feindſeligen Stellung, welche das jus civile gegen die Exheredation durch Formen und Beſchränkungen eingenommen, und die durch das prätoriſche Edict noch eine Steigerung erfahren hätte.

Bezüglich dieſer Anſichten werden vor der Hand einige wenige Bemerkungen genügen. Mit Schmidt treffe ich in der Annahme zuſammen, daß die Regel des Notherbenrechts den irrthümlichen Ausſchluß eines Notherben verhüten wollte. Für unerweislich halte ich es dagegen, daß man bei deren Aufſtellung ſchon den Fall einer ab-

führt, (zunächſt des wirklich vorhandenen, an zweiter Stelle des präſumtiven,) iſt ſchon erwähnt. Er ſucht nur ohne Grund den erſten Anſtoß in dem Vorgange bei Cic. de orat. I. 38.

[15]) Köppen, Syſt. des Erbrechts I S. 97 ff. Kuntze, Curſus § 835.

ſichtlichen ungerechten Ausſchließung im Auge hatte. Zunächſt müſſen ſolche Fälle in der Zeit, in welcher das formelle Notherbenrecht geſchaffen wurde, zu den Seltenheiten gehört haben, das Bedürfniß einer Gegenwehr machte ſich alſo damals ſchwerlich fühlbar. Und ſodann ſpricht gegen Schmidt die von ihm ſelbſt anerkannte Thatſache, daß die alternative Anforderung des Rechts in Wirklichkeit gegen willkürliche Zurückſetzung des Notherben keinen Schutz bot.

Was die Entwicklung des Exheredationsrechts betrifft, ſo lege ich zwar dem Ausſpruch des Scävola in l. 19 D. de lib. 28. 2 „exheredationes non esse adjuvandas“ nur den Sinn bei, daß die Enterbung *nicht die ausnahmsweiſe günſtige Behandlung erfährt*, welche den letztwilligen Verfügungen der Regel nach zu Theil wird; auch halte ich es für ſehr fraglich, ob *die einzelnen Regeln* über die Enterbung von der Jurisprudenz in der Abſicht aufgeſtellt ſind, einem ungerechten Enterben entgegenzuwirken. Soviel aber iſt beſtimmt anzuerkennen, daß in der *Handhabung* dieſer Regeln eine derartige Tendenz wahrnehmbar iſt. Immer jedoch läßt ſich ein derartiges Verfahren nur für die Kaiſerzeit etwa ſeit Julian behaupten, und darum fehlt es an jedem Zuſammenhange mit dem Aufkommen der Regel des formellen Notherbenrechts. Mehr hiervon in der Lehre von der Enterbung. (§§ 11—13.)

Die Annahme von *Köppen* und *Kuntze* endlich, daß die vom Prätor ausgegangenen Aenderungen im Recht der Enterbung Ausfluß einer feindſeligen Haltung gegen dieſe geweſen ſeien, iſt gewiß unbegründet [16]).

Ich habe jetzt die oben ausgeſprochene Anſicht über den Grund der Regel des formellen Notherbenrechts auszuführen. Die Möglich-

---

[16]) Wenn der Prätor bei allen männlichen Notherben namentliche Enterbung fordert, ſo iſt dafür an erſter Stelle beſtimmt das Bedürfniß maßgebend geweſen, die innerlich nicht gerechtfertigten Unterſchiede zwiſchen den einzelnen Claſſen der Notherben zu vermindern. Muß aber noch ein anderer treibender Gedanke aufgeſucht werden, ſo iſt als ſolcher einzig das Bedürfniß zu bezeichnen, der *irrthümlichen* Uebergehung von Notherben vorzubeugen. Der Prätor hat weiter alle Notherben, auch die Accrescenzerben des Civilrechts, an den *vollen Wirkungen* der *bonor. poss. contra tabulas* Theil nehmen laſſen. Hier liegt es auf der Hand, daß die bloße Erweiterung der *Folgen* der Präterition nicht aus einer ungünſtigen Behandlung der Enterbung erklärt werden kann. Auch darin tritt nur das erwähnte wohlberechtigte Bemühen zu Tage, die Unterſchiede in der Rechtsſtellung der einzelnen Notherben auszugleichen.

keit, daß ein Teſtator vom Daſein oder vom bevorſtehenden Daſein eines Notherben nichts weiß, beſteht zu allen Zeiten. Kamen aber Fälle dieſer Art vor — und für die letzte Zeit der Republik iſt ja ein ſolcher bei Cic. de orat. I. 38 bezeugt, — ſo mußte das dringend zur Abhülfe auffordern. Immer aber konnte bei der hier begegnenden Einſchränkung der durch die zwölf Tafeln anerkannten Teſtirfreiheit ein Widerſtand des Volksbewußtſeins nicht ausbleiben. Denn mit unſrer Regel wurde zuerſt — anders wie bei dem Satze von der Vernichtung des Teſtaments durch die Agnation eines Poſtumus — an den Erblaſſer das Anſinnen eines beſtimmten Verhaltens bei der Verfügung über ſeinen Nachlaß geſtellt. Zur Ueberwindung jenes Widerſtands bot ſich als wirkſamſtes Mittel die Ableitung der neuen Regel aus einem allgemein bekannten Satze des beſtehenden Rechts[17]). Der Satz von dem ipso jure erfolgenden Erbſchaftserwerb der sui war vollkommen geeignet, dieſen Dienſt zu leiſten. In welchem Maße er mit dem Rechtsbewußtſein der Römer verwachſen war, ergibt ſich eben ſo ſehr aus der Art, wie das Zwölftafelgeſetz ihn (ſowie auch ſonſt die Erbberechtigung der sui) bei ſeinem Ausſpruch über die geſetzliche Erbfolge mehr vorausſetzte, als zum Gegenſtand einer poſitiven Anordnung machte, wie aus dem Bemühen der ſpäteren Jurisprudenz, ihn aus einer Mitberechtigung am Vermögen des noch lebenden Familienvaters zu erklären. (Vergl. S. 38.) Und ganz von ſelbſt wurde durch jenen Satz die Frage angeregt, ob denn eine in ſolcher Weiſe vom Recht ausgezeichnete Erbberechtigung durch ſtillſchweigende Uebergehung abgeſchnitten werden könne. Indem man dies verneinte, gewann man die Regel des Notherbenrechts.

Spuren des Satzes von dem eigenthümlichen Erbſchaftserwerb der sui laſſen ſich in mehr als einer Beſtimmung des Notherbenrechts nachweiſen. Schon im § 5 (S. 26—28) war derſelbe zur Erklärung der Regel zu verwenden, daß der übergangene Poſtumus

---

17) Derſelbe Gedanke findet ſich ausgeſprochen bei Hartmann, querella inofficiosi S. 7 f. Hartmann meint, man habe ſich auf das Prinzip geſtützt, daß der wahre Wille des Erblaſſers den Vorzug verdiene vor dem irrig erklärten. Das ſcheint mir nicht glaublich: ein ſo abſtrakter Rechtsſatz kann in der alten Zeit, von der wir reden, weder allgemein bekannt noch allgemein begriffen geweſen ſein. Er konnte daher auch nicht für eine geeignete Stütze des Notherbenrechts erachtet werden.

mit ſeinem Erſcheinen nicht nur den einzelnen ihn verletzenden Grad, ſondern zugleich alle hinter dieſem ſtehenden Grade vernichtet. Weiter erinnere ich an die Regeln des Exheredationsrechts, daß die Enterbung ſich ohne Einſchränkung auf die ganze Erbſchaft erſtrecken muß, und daß der Beginn ihrer Wirkſamkeit nicht auf die Zeit nach dem Erwerb des Teſtamentserben geſtellt werden darf. Man ging hier davon aus, daß bei fehlerhafter Enterbung die Erbberechtigung der sui im erſten Fall den nicht durch die Enterbung gedeckten Theil des Vermögens trotz des Teſtaments ergreifen, im zweiten ſich vor der durch die Enterbungsverfügung feſtgeſetzten Zeit geltend machen würde.

Iſt es wahr, daß die auf das Einſetzen oder Enterben der sui geſtellte Anforderung auf dem jetzt dargeſtellten Grunde ruht, ſo könnte man fragen wollen, wie es gekommen, daß die Regel über den Erwerb der sui nicht ſchon zur Zeit der Decemviralgeſetzgebung ein Notherbenrecht in's Leben gerufen hat. Die Antwort ergibt ſich von ſelbſt bei unſrer Annahme, daß man jene Regel nur künſtlich herangezogen hat, um dem Notherbenrecht in der römiſchen Welt Eingang zu verſchaffen.

Zum Schluß iſt noch eine in dieſen Zuſammenhang gehörige Aeußerung von Ad. Schmidt zu berühren. In Verbindung mit der Bemerkung, man habe ausdrückliche Enterbung der sui gefordert, damit das Teſtament den Beweis lieferte, der Erblaſſer habe dieſelben nicht aus Irrthum ausgeſchloſſen, ſucht Schmidt (S. 18 f.) dem in der Vorſchrift der Einſetzung oder Enterbung zum Ausdruck gekommenen Gedanken einen tieferen Gehalt zu verleihen. Nach ihm wäre es die Meinung des Rechts geweſen, der paterfamilias ſolle über die sui ein Urtheil im Teſtament ausſprechen, entweder ſie ehrend durch den honor der Erbeseinſetzung, oder ſie unwürdig erklärend durch die nota der Enterbung[18]). Dieſe Auffaſſung trägt, wenn ich nicht irre, ein fremdartiges Element in die vorliegende Lehre hinein. Wie man auch die Entſtehung des Fundamentalſatzes des Notherbenrechts erklären mag, immer wird ihm nur die Abſicht untergelegt werden können, den auf das Loos der zeitlichen Habe

[18]) Eine ähnliche Formel kehrt in der Darſtellung des prätoriſchen Notherbenrechts wieder. (S. 71. S. 79.)

nach dem Tode bedachten Willen des Erblaſſers in der bisherigen Ungebundenheit zu beſchränken. Womit aber ſoll es ſich rechtfertigen, wenn an die Stelle dieſer Willenserklärung ein Urtheil über die nächſten Glieder der Familie geſetzt wird? Ein ſolches könnte doch nur Bedeutung haben, wenn es von ſeinen Gründen Rechenſchaft gäbe; unzweifelhaft aber mutheten die Römer dem Erblaſſer eine Motivirung der Ausſchließung nicht zu. Ueberdies hätte das Urtheil für den von ihm Betroffenen wie für den Richter keine bindende Kraft gehabt: beugt ſich doch vor der Ausſchließung die nicht gar lange nach der Entſtehung des formellen Notherbenrechts aufgeſtellte Querel nicht.

In den von Schmidt herangezogenen Aeußerungen der Quellen liegt kein Beweis jener Auffaſſung. Zwei einzelne Ausſprüche ſcheinen bei der Beſprechung der Enterbung den Gedanken eines Urtheils anzuſchlagen; aber ſie haben dabei die exheredatio notae gratia entweder gar nicht oder doch nicht in ihrem Einfluß auf den väterlichen Nachlaß im Auge[19]). — Noch geringer iſt die Bedeutung der Stellen, welche die letztwillige Zuwendung als honor bezeichnen, auf die Enterbung die Ausdrücke nota, injuria u. dergl. anwenden. Bis auf das Wort „nota“ fehlt bei dieſen Ausdrücken die engere Beziehung auf das formelle Notherbenrecht. Denn als honor wird, wie Schmidt ſelbſt bemerkt, jede letztwillige Zuwendung, zudem nicht allein die Zuwendung an den Notherben bezeichnet[20]). Und als injuria, indignatio gilt jedes Nichtbedenken eines Pflichttheilsberechtigten, ohne Rückſicht darauf, ob dieſer formelles Notherbenrecht hat[21]). Das Wort „nota“

---

[19]) a. Die l. 16 § 3 D. de cur. fur. 27. 10 (Tryphon.) gebraucht den Ausdruck „judicium testatoris“ in Beziehung ſowohl auf die im § 1 eod. beſprochene letztwillige Anordnung einer Curatel für den verſchwenderiſchen Sohn, wie auf die im § 2 eod. erörterte wohlmeinende Enterbung dieſes Sohnes, dem zugleich Alimente hinterlaſſen werden. Hier wird man überdies richtiger das „judicium“ im Sinne von suprema voluntas zu nehmen haben. (Vergl. *Dirksen* v. judicium § 5 A.) Jedenfalls wird das Wort im § 2 der Stelle in dieſer Bedeutung gebraucht. b. In l. 12 § 6 D. de bon. libert. 38. 2 kommt die vom Patron ausgeſprochene Enterbung des Sohnes lediglich in ihrem Einfluß auf die Beerbung der väterlichen Freigelaſſenen in Betracht; nur in dieſer Anwendung bedient ſich Ulpian der Worte: neque enim debet videri pater *indignum existimasse* filium bonis libertorum cet.

[20]) Vergl. z. B. l. 3 § 2 D. de legat. praest. 37. 5. l. 26 pr. D. si quis omissa 29. 4.

[21]) l. 3. l. 8 pr. l. 22 pr. D. de inoff. 5. 2.

wird allerdings mit Vorliebe auf die Enterbung angewandt[22]), allein abgeſehen von ſeinem Zuſammenhange mit dem Pflichttheilsrecht betont es lediglich den Einfluß, den die Enterbung auf das Urtheil der Mitbürger ausübt, nicht aber einen für das Weſen des formellen Notherbenrechts erheblichen Umſtand.

§ 8.

2. Die Entwicklung der Grundſätze über die Einſetzung der Poſtumi.

Nach altem Recht konnten postumi, als incertae personae, nicht zu Erben eingeſetzt werden. Dieſer Rechtszuſtand aber mußte ſeit der Begründung des formellen Notherbenrechts unerträglich werden: es gab kein Mittel, der Vernichtung des Teſtaments als Folge der Entſtehung eines Poſtumus vorzubeugen. Die Rechtsänderung hat ſich auf dem Wege einer von der Jurisprudenz in die Hand genommenen, dann unter Mitwirkung der Geſetzgebung ſchrittweiſe durchgeführten Entwicklung vollzogen, deren Geſammtergebniß der Satz bezeichnet, daß die Einſetzung (wie Enterbung) der postumi sui vom Recht zugelaſſen iſt. — Zum größten Theil werden die einzelnen Stufen dieſes Bildungsganges dargelegt und caſuiſtiſch erörtert in der bekannten lex Gallus (Scaev. l. 29 D. de lib. 28. 2); an dieſe hat ſich daher unſre Ausführung mehrfach anzulehnen.

Ausgegangen iſt die Rechtsbildung von den nach dem Tode des Erblaſſers gebornen Poſtumi: ſpäter ſind in die Entwicklung auf Grundlage der beiden Kapitel der lex Junia Velleja die Poſtumi hineingezogen, welche dies bei Lebzeiten des Erblaſſers durch Geburt werden, ferner Diejenigen, welche auf anderm Wege als durch Geburt in die Stellung von Poſtumi (postumorum loco) gelangen.

I. Den erſten Schritt*) hat zu einer nicht näher bekannten, jedenfalls vor Cicero liegenden Zeit die Jurisprudenz gethan; Ulpian berichtet (fragm. 22. 19), daß nach dem jus civile Diejenigen, qui in utero sunt, zu Erben eingeſetzt werden können, wenn ſie nach des Erblaſſers Tode als deſſen sui geboren werden. Die Hülfe ſetzte alſo zunächſt in dem Falle ein, wo für den Teſtator die Möglichkeit

[22]) Vergl. die Stellen bei Schmidt S. 19 Anm. 48.

*) Francke S. 21—26. Mühlenbruch S. 181—202. Vangerow II § 468 Anm. 1 unter 1 und 2, womit hier wie bei den folgenden Citaten die Anmerkungen zu dem dem § 468 voraufgeſchickten Abdruck der l. 29 cit. zu verbinden ſind; Schmidt S. 26—30.

fehlte, ſeinen letzten Willen mit Rückſicht auf den Poſtumus zu ändern. Begriffen ſind unter Ulpians Worten auch Enkel, deren in der Gewalt des Erblaſſers ſtehender Erzeuger zur Zeit der Teſtamentserrichtung noch lebt, dann vor dem Erblaſſer ſtirbt. Allein die Berückſichtigung dieſer Claſſe von Poſtumi iſt, wie ich ſogleich noch ausführe, erſt zu Cicero's Zeit durch die damals aufgeſtellte und von der Praxis angenommene Aquiliſche Formel ermöglicht. Die vorhin angedeutete ältere Stufe wird daher gebildet durch Kinder erſten Grades und durch ſolche Enkel, von denen es bei der Errichtung des Teſtaments ſicher iſt, daß ſie als sui zur Welt kommen müſſen[1]). Conception der Ungebornen forderte man nur für die Zeit des Todes des Erblaſſers[2]). Daß mit der Zulaſſung der Einſetzung bei den einzelnen Claſſen der Nachgebornen auch die Enterbung möglich wurde, verſteht ſich von ſelbſt, ergibt ſich überdies aus mehrfachen Anwendungen, die im Verlauf der Darſtellung zur Sprache kommen.

Schon vorhin wurde der durch Gallus Aquilius, den Zeitgenoſſen Cicero's, begründete Fortſchritt erwähnt. Die von dieſem Juriſten aufgeſtellte Formel, welche den Ausgangspunkt der Erörterungen Scävola's in l. 29 pr. D. de lib. 28. 2 bildet, lautet ſo:

„Si filius meus vivo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos sive quae neptis post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus nata erit, heredes sunto.“

Jetzt konnten alſo auch Enkel von einem zur Zeit noch lebenden Sohne eingeſetzt werden; aber ſie wurden nur auf den Fall gerufen, daß ſie in Folge des Todes des Sohnes als *sui* geboren würden. Damit ging man dem zur Zeit des Gallus noch ohne Einſchränkung geltenden Satze aus dem Wege, wonach ein postumus *alienus* nicht letztwillig bedacht werden konnte[3]). — Auf unſern Fall und auf eine Reihe anderer, welche die l. 29 cit. in den §§ 1—9 als Fortbildungen des urſprünglich in der Aquiliſchen Formel gegebenen Rechts darſtellt, bezieht ſich die allgemeine Bemerkung Scävola's (l. 29 § 10 D. eod.), zur Gültigkeit der Verfügung ſei erforderlich, daß mindeſtens der (zur Zeit noch lebende) in des Erblaſſers Gewalt ſtehende

[1]) Heumann S. 310 f. Bangerow a. a. O. unter 1. Schmidt S. 27 bei Anm. 76.

[2]) l. 4. l. 5. l. 27. l. 28 § 3 D. de lib. 28. 2.

[3]) So zuerſt hervorgehoben von Schmidt S. 28.

Sohn auf irgend einen Erbtheil eingeſetzt werde. Wenn hinzugefügt wird:

„nam frustra exheredabitur post mortem suam,“

ſo wird damit auf den auch ſonſt in den Quellen ausgeſprochenen Satz verwieſen, daß eine für die Zeit nach dem Tode verfügte Enterbung ungültig iſt[4]). Die Enterbung hat nur Bedeutung für die Zeit des Lebens des Enterbten, da auch ein Erbſchaftserwerb nur für den Lebenden von Werth, zudem nur dem Eingeſetzten ſelbſt möglich ſein würde; grade für dieſe Zeit liegt in jenem Falle Uebergehung vor.

Ungeachtet jener Aeußerung der l. 29 § 10 cit. nimmt man heutzutage faſt allgemein an, auf den Weg der Erbeseinſetzung des Sohnes ſei der Erblaſſer nur beſchränkt, wenn der Poſtumus der einzige im Teſtament ernannte Erbe ſei; werde ein Miterbe oder Subſtitut berufen, ſo könne auch Enterbung des Sohnes verfügt werden[5]). Ich muß widerſprechen. Iſt ein Miterbe ernannt, ſo ſteht zwar feſt, daß dieſem der Erbtheil des Poſtumus anwächſt, ſobald die deſſen Einſetzung in der Aquiliſchen Formel beigegebene Bedingung („si filius meus vivo me morietur“) ausfällt[6]); trotzdem iſt dieſer Erbtheil an erſter Stelle dem Poſtumus zugedacht und danach iſt die Enterbung des Sohns zu beurtheilen. Für dieſe beſteht nun der weitere Satz: um gültig zu ſein, muß ſie gegenüber allen in dem nämlichen Grade gerufenen Erben erfolgen[7]); demnach muß ſie im Teſtament in Anwendung ſowohl auf den Poſtu-

---

[4]) Julian. l. 13 § 2 D. de lib. 28. 2. Testamentum, quod hoc modo scribitur: „Titius post mortem filii mei heres esto: filius exheres esto“ nullius momenti est, quia filius post mortem suam exheredatus est —. l. 4 § 2 D. de her. inst. 28. 5. Vergl. den § 12 unter C.

[5]) So Mühlenbruch S. 200 f. (wo litterariſche Nachweiſe). Schmidt S. 27 a. E., beſonders Anm. 78. Bei Ernennung eines Miterben ſoll die Enterbung des Sohnes ganz beſonders dann unbedenklich ſein, wenn ſie vor aller Erbeseinſetzung ausgeſprochen wird. In dieſem Sinne formulirt Schmidt die Verfügung ſo: filius meus exheres esto; Titius heres esto; si filius meus vivo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos cet. Ich finde nicht, daß das an den im Text von mir begründeten Bedenken etwas ändern könnte.

[6]) l. 26 § 1 D. de cond. et dem. 35. 1.

[7]) l. 3 § 2 D. de lib. 28. 2. Ulp. l. 8 § 3 D. de bo. poss. co. tab. 37. 4 Si *ab uno ex heredibus sit filius exheredatus*, Marcellus lib. 9 Dig. scribit *filium non videri exheredatum* —.

mus wie auf deſſen Miterben ausgeſprochen ſein. Dieſer Anforderung kann in dem vorausgeſetzten Falle nicht entſprochen werden. Denn die Enterbung zu dem Theile des Poſtumus iſt nichtig, eben weil ſie post mortem des Sohnes verfügt wird (vergl. Anm. 4), die jetzt allein übrig bleibende Enterbung zum Theile des Miterben iſt nichtig, weil nicht mehr Enterbung gegenüber allen Erben vorliegt (Anm. 7): folgeweiſe iſt auch das Teſtament wegen Uebergehung des Sohnes hinfällig. — Iſt neben dem Enkel ein Subſtitut ernannt, ſo ändert dies nichts daran, daß die Enterbung beim erſten Grade (der Einſetzung des Enkels) aus dem wiederholt erwähnten Grunde ungültig iſt. Daraus ergibt ſich, daß dieſer Grad, auf den es allein bei unſrer Frage ankommt, als nicht vorhanden zu betrachten iſt; der Sohn iſt in Wahrheit bei ihm präterirt[8]).

Man wird hiernach an den Worten Scävola's in l. 29 § 10 cit. feſtzuhalten haben: der Sohn muß zum Erben eingeſetzt ſein.

An die Mittheilung der Aquiliſchen Formel knüpft Scävola zunächſt die Bemerkung (l. 29 § 1 D. eod.), die Formel werde mit Recht von Manchen auch dann zuläſſig befunden, etiamsi non exprimat de morte filii, sed simpliciter instituat; ſie ſoll hier doch für den Fall Geltung haben, der ſich aus den Worten entnehmen läßt. Die Bedeutung dieſer Aeußerung iſt eben ſo zweifelhaft wie ſtreitig. Die beliebteſte Auslegung nimmt an, Scävola rede nur von einer Verwendung der Formel für den urſprünglichen, von ihrem Urheber Gallus ſelbſt in's Auge gefaßten Fall; die Stelle enthielte dann nur die folgende Bemerkung: da vorausgeſetzt werden müſſe, daß der Einſetzung des Poſtumus eine genügende Berückſichtigung des Sohnes voraufgehe (l. 29 § 10 cit.), ſo könne der Hinweis auf das Verſterben des Sohnes vor dem Erblaſſer, wie ſolcher ſich im Eingang der Formel finde, entbehrt werden, die Einſetzung des Enkels ſei ohne Weiteres auf dieſen Fall zu beziehen[9]). Bei der außer-

[8]) Afric. l. 14 § 1 D. de lib. 28. 2. (Quod) vulgo dicitur eum gradum, a quo filius praeteritus sit, non valere —. l. 43 § 2 D. de vulg. 28. 6.

[9]) So Mühlenbruch S. 193—197, wo Bericht über die verſchiedenen Meinungen; ebenſo Schmidt S. 28 bei Anm. 80. Die Auslegung ſtößt auf das Bedenken, daß bei Weglaſſung des „si filius meus vivo me morietur“ der Enkel neben ſeinem Vater, der doch nach § 10 eingeſetzt werden muß, gerufen erſcheint. Dieſes Bedenken würde ſchwinden, wenn man in unſerem § 1 ſtatt „sed simpliciter *instituat*“ läſe „sed simpliciter *substituat*“. Dann lautete der Eingang der Formel: si filius heres non erit, und der Enkel käme zur Erbfolge: a. als

ordentlich knappen Faſſung des § 1 cit. iſt es ſehr zweifelhaft, ob dieſe Auslegung Scävola's Gedanken wiedergibt; völlig befriedigend erſcheint ſie keinesfalls. (Vergl. Anm. 9).

Mit angemeſſener Veränderung wird hiernächſt die Formel auf die Einſetzung von Deſcendenten entfernteren Grades übertragen. So auf die des Urenkels, mag bei Errichtung des Teſtaments der Sohn bereits verſtorben, der Enkel noch am Leben ſein (l. 29 § 2 D. eod.), — mag umgekehrt der Enkel verſtorben ſein, der Sohn noch leben (l. 29 § 3 D. eod. [10]), — oder mögen zur Zeit Sohn und Enkel dem Urenkel noch im Wege ſtehen (l. 29 § 4 D. eod.). Im erſten dieſer drei Fälle bedarf es einer Berückſichtigung des Enkels nicht, da dieſer nur die Anſprüche eines Accrescenzerben hat (l. 29 § 10 in f. D. eod.); im dritten Fall iſt Berückſichtigung des Enkels nöthig, damit dieſer nicht das Teſtament vernichtet, wenn er ſeinen Vater überlebt (l. 29 § 4 D. eod.). Indeſſen iſt ein ſolches Bedenken des nachrückenden Enkels erſt durch die lex Junia Velleja möglich gemacht. Hiervon unter III.

Zum Abſchluß dieſer Bemerkungen über die durch Gallus eingeleitete Entwicklungsſtufe mögen hier einige Worte über die l. 29 § 5—9 D. eod. Platz finden. Nach § 5 cit. ſoll analog dem Recht der lex Junia Velleja die Einſetzung eines Enkels mit Verwendung der Aquiliſchen Formel auch dann wirkſam ſein, wenn der Sohn anders

---

postumus suus, ſobald ſein Vater vor dem Erblaſſer wegfiel; b. bei ſonſtigem Wegfall des Vaters als ſubſtituirter postumus alienus; als ſolcher erhielt er zu Scävola's Zeit eine bon. poss. secundum tabulas, pr. J. de bon. poss. 3. 9. l. 3 D. de bo. poss. sec. tab. 37. 11. — Will man nicht emendiren, ſo läßt ſich vielleicht die Stelle dahin verſtehen, daß die zweite in der Aquiliſchen Formel vorkommende Erwähnung des Todes des Sohnes, verb. „in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur" als überflüſſig bezeichnet wird. In der That findet ſich die Formel in dieſer verkürzten Geſtalt in *l. 37 pr. D. de her. inst. 28. 5.* — Von den in der Wiſſenſchaft vertretenen Auffaſſungen verdient außer der im Text erwähnten nur Beachtung die von Francke S. 24 (auch *Cujac.* comm. ad. Dig. 28. 2. l. 29. — I. 1072): Scävola ſoll danach ſagen, die Formel ſei auch für andere Fälle des Wegfalls des Sohnes tauglich zu machen, wenn man ſie nicht im Eingang auf deſſen Verſterben vor dem Erblaſſer beſchränke. Dem ſteht jedoch entgegen, daß und wie dieſe Fälle vom Juriſten in den §§ 5 und 6 der Stelle behandelt werden.

[10]) Die Florentiniſche Handſchrift hat im § 3 „jam mortuo pronepote": ohne Zweifel iſt letzteres Wort umzuändern in „nepote". Vergl. Francke S. 24. Mühlenbruch S. 189 f. Anm. 14.

als durch Tod, namentlich durch capitis deminutio magna, aus der väterlichen Gewalt austritt. Daſſelbe ſoll von der Einſetzung des Urenkels gelten, wenn der vor dieſem ſtehende Enkel emancipirt wird. Wenn in dieſem Fall als emancipirt der Enkel und nicht der Sohn bezeichnet wird, ſo beruht dies darauf, daß zu Scävola's Zeit die Anſicht beliebt war, die Emancipation des Sohnes müſſe wegen des mit der erſten und zweiten Freilaſſung aus dem Mancipium erfolgenden Rückfalls in die väterliche Gewalt das Teſtament rumpiren[11]). — Die §§ 6—9, durchweg caſuiſtiſchen Inhalts, bereiten ſowohl dem Verſuche, die in ihnen behandelten Rechtsfälle zu conſtruiren[12]), wie der Feſtſtellung des ſehr fehlerhaften Textes Schwierigkeiten. Ein Eingehen auf die hieran anknüpfenden Streitigkeiten iſt nicht veranlaßt.

II. Sowohl bei denjenigen teſtamentariſchen postumi, welche dies ſchon bei Lebzeiten des Erblaſſers, immer aber durch Geburt werden, wie bei den andern unter jenen Begriff fallenden Notherben, die genau geſprochen zufolge einer Quaſiagnation *postumorum loco* ſind, iſt die Möglichkeit letztwilliger Bedenkung durch die lex Junia (in manchen Stellen Julia) Velleja begründet[13]). Hinſichtlich des Alters des Geſetzes ſchwankt man zwiſchen der letzten Zeit der Republik und den Jahren 763 (Auguſtus), 780 (Tiberius), 799 (Claudius; Jahr des St. Vellejanum). Das Wahrſcheinlichere iſt, daß das Geſetz im Jahr 780 ergangen und nach den consules suffecti M. Vellaeus Tutor, L. Junius Silanus benannt iſt[14]).

Von den nach der Teſtamentserrichtung, aber noch bei Lebzeiten

---

[11]) Gaj. II. 141. Ulp. **23**. 3. l. 8 § 1 D. de injusto 28. 3. Mühlenbruch S. 273—276, womit jedoch zu vergleichen iſt S. 245—247. Schmidt S. 29 Anm. 82.

[12]) Dieſe Fälle ſind, wie ich glaube, richtig von Francke beſtimmt worden (S. 27—33); im Weſentlichen übereinſtimmend Vangerow II S. 221—223 (Aufl. VII).

[13]) Die Stellen, in welchen neben dem regelmäßigen Namen Velleja (auch Vellea) oder auch anſtatt desſelben die Bezeichnung „Julia“ oder „Junia“ vorkommt, ſind § 2 J. de exher. lib. 2. 13. Theophil. ib. Ulp. **22**. 19. l. 10 § 2 D. de test. tut. 26. 2. l. 13 D. de injusto 28. 3.

[14]) Dafür Huſchke, not. ad Ulp. **22**. 19. (jurisprud. Antejust.) und (abweichend von ſeiner früheren, in Bekker's Jahrb. II S. 337 ausgeſprochenen Anſicht) Th. Mommſen not. crit. ad Dig. 26. 2 l. 10 § 2. — Weiteres über die Streitfrage bei Mühlenbruch **36** S. 179 f. Anm. 98 in Verbindung mit 97. Schmidt S. 30 f. Anm. 84 in Verbindung mit 83.

des Erblaſſers gebornen Notherben, welche ſofort im Augenblick ihrer Geburt sui des Erblaſſers werden, handelte die lex Velleja im erſten Kapitel[15]). Bei ihnen kam es darauf an, allererſt die Möglichkeit ihrer Einſetzung zu begründen, der Regel von der Unſtatthaftigkeit der Bedenkung einer incerta persona ein weiteres Stück ihres Gebiets abzuringen: das war in der That der Inhalt der Vorſchrift[16]). Die l. 29 § 12 D. de lib. 28. 2 hebt hervor, daß dem Geſetz ſachgemäß eine allgemeine Faſſung gegeben war, vermöge deren entferntere Deſcendenten gleichmäßig gültig eingeſetzt werden konnten, mochte die zwiſchen ihnen und dem Erblaſſer ſtehende Perſon ſchon zur Zeit der Teſtamentserrichtung oder erſt in der Folge (nur immer vor ihrer Geburt) weggefallen ſein. Um dieſen Satz darzulegen, theilt Scävola einen kleinen Theil der Geſetzesworte ſo mit:

nam (etsi del. Mühlenbruch S. 207 Anm. 55) ita verba sunt: „qui testamentum faciet, ist omnis virilis sexus, qui ei suus heres futurus erit“ — „et cetera“ — „etiamsi (vovente del. Mühlenbruch S. 208 Anm. 58) parente vivo nascantur“ [17]).

---

[15]) Vergl. zum Folgenden Francke S. 33—35. Mühlenbruch S. 202—216. Vangerow § 468 Anm. 1 unter 3a. Schmidt S. 30. 31. — Aus den Quellen Ulp. 22. 19. l. 29 § 11. 12 D. de lib. 28. 2.

[16]) l. 29 § 15 D. eod.: — superiore capite *ut liceat institui* nondum natos, qui cum nascentur sui erunt, *permitti* (permittit? ed. Momms.).

[17]) Das „omnis“ iſt hier wahrſcheinlich die alte Form des accus. plur. — Im Text der l. 29 § 12 cit., wie er in der Florentiner Handſchrift lautet, ſind außer den im obigen Abdruck angedeuteten noch folgende Aenderungen nöthig: a. Bei den Worten „si nepos, qui eo tempore“ iſt das „qui“ zu ſtreichen. b. Bei dem „verum et si vivo patre nascatur“ iſt das „nascatur“ falſch, weil Kap. I des Geſetzes Suität bei der Geburt des Poſtumus fordert, l. 29 § 15 D. eod. Das Wort iſt zu ſtreichen oder durch „instituatur“ zu erſetzen. — Alle dieſe Aenderungen hat ſchon Cujaz empfohlen (comm. ad Dig. 28. 2 h. l. op. I. 1076). Die Ausgabe von Mommſen ſchlägt drei weitere Emendationen vor: a. Sie ergänzt den Text im Eingang des § ſo, daß ſchon die Frage auf die zwei Fälle der noch lebenden und der ſchon ausgefallenen Mittelsperſon geſtellt wird. Dies iſt, wie mir ſcheint, nicht geboten. b. Bei den Worten im Eingang „et nepotem nondum natum tantum“ will ſie das „tantum“ in „etiamtum“ verändern. Dies empfiehlt ſich, wenngleich das „tantum“ nicht durchaus unerträglich iſt. Cujaz will letzteres Wort ſtreichen, die Neueren wollen es meiſt in „tamen“ umwandeln. Vergl. Mühlenbruch S. 204 Anm. 48. c. Sie zieht, wie das bis auf Cujaz meiſt geſchah, die Schlußworte „etiamsi vovente parente vivo nascatur“ zum § 13, erklärt ſie dann aber für unächt; dadurch iſt ſie weiter genöthigt, das „nam etsi ita verba sunt“ mit einer ſchon der Gloſſe bekannten Variante in „tametsi ita verba sunt“ zu ändern. Man wird widerſtehen müſſen, theils weil die Emen-

An dieſes Fragment des Geſetzes knüpft ſich die Streitfrage: begründete das Geſetz nur für männliche Poſtumi die Möglichkeit letztwilliger Berückſichtigung? Das hat man vielfach behauptet, — neuerdings namentlich mit der Begründung, daß zur Zeit des Erlaſſes der lex Velleja die Frauen wegen der lex Voconia nur in beſchränkter Weiſe aus einem Teſtament erben konnten [18]). Indeſſen ſchafft ſich dieſe Annahme nur dadurch eine Begründung, daß ſie die im obigen Stück der lex Velleja durch das „et cetera“ angedeutete Lücke einzig mit einigen die Einſetzung der Poſtumi geſtattenden Worten („instituendi potestatem habeto“) ausfüllt. In Wahrheit dürfte das Geſetz an jener Stelle neben der Einſetzung die Enterbung erwähnt und bei dieſer die je nach den einzelnen Claſſen der Poſtumi verſchiedene Form bezeichnet haben. Ich komme auf dieſen Punkt unter III.

Die Berufung auf die lex Voconia iſt aber auch an ſich unzutreffend [19]), da nach dieſem Plebiscit Frauen nur von den in der erſten Claſſe cenſirten Bürgern nicht eingeſetzt werden konnten, demnach ihre völlige Nichtberückſichtigung in der lex Velleja noch unbegreiflich bliebe, — da ferner die lex Voconia ſchon vor der lex Junia Velleja theils thatſächlich außer Gebrauch gekommen, theils rechtlich zufolge der lex Julia et Papia (757. 763) unanwendbar geworden war: letzteres Geſetz hatte die Erbfähigkeit der Frauen in umfaſſender Weiſe auf abweichender Grundlage geregelt [20]).

III. Zur Darſtellung des Rechts in Anſehung der Notherben, welche *postumorum loco* ſind, müſſen wir etwas ausholen.

Der Erblaſſer kann die unter dieſen Begriff fallenden Perſonen (vergl. die Aufzählung im § 3 unter 1—5 S. 11—13), auch bevor ſie ſeine sui ſind, zu Erben einſetzen [21]). Treten ſie aber in der Folge zu ihm in die Stellung von sui, ſo iſt nach urſprünglicher römiſcher Anſchauung mit jener früheren Einſetzung der Anforderung des Noth-

dation gewaltſamer iſt, als wenn man mit uns blos in dem „nam etsi ita verba sunt“ das „etsi“ ſtreicht, theils weil die im § 12 der Stelle mitgetheilten Geſetzesworte auch in der ihnen von Mommſen gegebenen Faſſung ein Bedenken, wie es doch durch das vorausgehende „tametsi“ angedeutet würde, nicht begründen. (Vergl. auch hierbei Mühlenbruch an den im Text bezeichneten Stellen.)

[18]) Francke S. 34 Anm. 38. Mühlenbruch S. 214. Heumann S. 320 Anm. 2. (Andere Erklärungsverſuche bei Mühlenbruch S. 214 Anm. 72.)

[19]) Dies iſt ausgeführt von Schmidt S. 31 f. Anm. 87, wo weitere Gründe.

[20]) Vergl. Bachofen, lex Voconia S. 105—118.

[21]) Vergl. l. 29 § 15 D. de lib. 28. 2.

erbenrechts nicht genügt: trotz derſelben wird mit ihrer Quaſiagnation das Teſtament vernichtet[22]). Schmidt (S. 16) erklärt dies daraus, daß eine ſolche zufällige Bedenkung ihren Maßſtab nicht in der Rückſicht auf die Familienverbindung gefunden hatte. Ich nehme Anſtand, dieſer Auffaſſung zu folgen, hat doch vom Standpunkt des formellen Notherbenrechts der Umfang des zugewieſenen Erbtheils keine Bedeutung[23]). Man wird den Grund darin zu ſuchen haben, daß die Zuwendung im Sinne des Teſtaments einem extraneus gemacht, demnach dem Notherben als ſolchem nicht der vom Recht geforderte honor erwieſen war[24]). Noch weniger als durch jene Einſetzung konnte der Erblaſſer den letzten Willen durch Enterbung des künftigen Notherben ſicherſtellen: die Enterbung eines Fremden iſt rechtlich ohne Bedeutung[25]). — Es leuchtet ein, daß ein ſolcher Rechtszuſtand eine ähnliche Gefahr für das Teſtament in ſich ſchloß, wie ſie beim eigentlichen Poſtumus durch das Zuſammentreffen der Nichteinſetzbarkeit von incertae personae mit der Regel des formellen Notherbenrechts erzeugt wurde: auch die Quaſiagnation erfolgte in vielen Fällen unabhängig vom Willen des Erblaſſers, zuweilen nach deſſen Tode[26]); der letzte Wille war daher der Vernichtung ausgeſetzt, ohne daß ein ſicheres Mittel beſtand, dieſe zu verhüten. Auch hier mußte es zu einer Abhülfe kommen.

a. Den erſten Schritt auf dieſer Bahn bezeichnet das zweite Kapitel der lex Velleja[27]). Rückt ein Deſcendent, der zur Zeit der Teſtamentserrichtung in der mittelbaren Gewalt des Erblaſſers ſtand, noch vor deſſen Tode durch Wegfall der in der Mitte ſtehenden Perſon in die Stellung eines suus heres ein, ſo ſoll nach jenem Geſetz ſeine vorher im Teſtament verfügte Erbeseinſetzung oder Ent-

---

[22]) Vergl. einſtweilen Gaj. II. 140—143.

[23]) l. 29 § 10 D. de lib. 28. 2.

[24]) Aus dem gleichen Grunde reichte es ja nicht aus, daß eine der Gewalt des Notherben unterworfene, für dieſen erwerbende Perſon eingeſetzt wurde: l. 3 § 15 D. de bo. poss. co. tab. 37. 4.

[25]) Paul. l. 132 pr. D. de V. O. 45. 1: — an et hic exigimus exheredationem vel emancipationem, res in extraneo ineptas? — Dazu l. 8 § 8 D. de bo. poss. co. tab. 37. 4.

[26]) Vergl. die Fälle in § 3 unter 2 a. E. 3 und 5. (S. 12—14.)

[27]) Francke S. 35—38. Mühlenbruch S. 216—227. S. 230—236. Bangerow § 468 Anm. 1 unter 3b. Schmidt S. 32—35.

erbung die Ruption verhindern[28]). Scävola hebt hervor, daß es ſich dabei — im Unterſchied von Kap. I des Geſetzes — nicht darum handelte, die Einſetzung des Deſcendenten möglich zu machen, vielmehr die Vernichtung des Teſtaments verhütet werden ſollte[29]). Das Wegfallen des in der Mitte ſtehenden Deſcendenten war im Geſetz paſſend mit der allgemeinen Wendung bezeichnet: si quis ex suis heredibus suus esse desierit; damit waren von vorn herein die Fälle unter das Geſetz gezogen, wo jener Deſcendent anders als durch den Tod, z. B. durch capitis deminutio, ausſchied[30]). Uebrigens mußte dieſer Näherſtehende ſelbſt gehörig berückſichtigt ſein und zwar der Sohn unbedingt, der Enkel (deſſen Kind zuletzt als Quaſipoſtumus erbt) auf den Fall, daß er ſelbſt bei Lebzeiten des Erblaſſers zufolge früheren Wegfalls des Sohnes als suus nachrückte[31]).

Bei dem Fall aus Kap. I des Vellejiſchen Geſetzes — dem des Poſtumus, welcher bei Lebzeiten des Erblaſſers geboren wird — ſoll nach Mühlenbruch[32]), wie ſchon unter II angedeutet wurde, die Möglichkeit der im Voraus zu verfügenden Enterbung des Nachgebornen nicht vom Geſetz berührt geweſen ſein, ſie wäre erſt in der Folge im Rechtsleben zugelaſſen. Zu der gleichen Annahme neigt dieſer Schriftſteller bei dem uns jetzt beſchäftigenden Kap. II des Geſetzes. Es ſcheint mir unzweifelhaft, daß beide Kapitel aus-

---

[28]) l. 29 § 13. 14 D. de lib. 28. 2. In beiden Paragraphen ſind Aenderungen des Textes nöthig: a. Im § 13 iſt ſtatt „*nec* succedens pronepos“ cet. zu leſen: „*ne* succedens pronepos“. Vergl. Francke S. 36 Anm. 41. Vangerow II S. 224 Anm. 15. (Letzterer hebt mit Recht hervor, daß Mühlenbruchs Auslegung des § 13, S. 217—222, durch einen auffälligen Irrthum getrübt iſt.) b. Im § 14 wird ein Stück des Geſetzes mitgetheilt: hier erſcheint das „in locum suorum sui heredes succedunt“ unerträglich, das letzte Wort wird mit Mühlenbruch S. 233 f. in „succedendo“ verändert werden müſſen. Dafür ſprechen die von Mühlenbruch beigebrachten Stellen, welche allem Anſchein nach den Ausdruck des Geſetzes wiedergeben.

[29]) l. 29 § 15 D. eod.

[30]) l. 29 § 13 cit. — Anknüpfend an den im Text erwähnten Gedanken beſpricht l. 29 § 14 cit. den Fall, wo der Enkel von einem in Kriegsgefangenſchaft befindlichen Sohn eingeſetzt war, der Sohn aber erſt nach dem Vater in der Gefangenſchaft ſtarb. Hier kam der Enkel noch immer in die Stellung eines suus des Großvaters; aber ſeine Berückſichtigung im Teſtament hinderte deſſen Vernichtung.

[31]) l. 29 § 13 in f. cit.

[32]) A. a. O. S. 209—213. S. 234—236.

drücklich Einſetzung wie Enterbung zuließen[33]); auch wird man ſagen dürfen, daß Beide die Form der Enterbung näher beſtimmten.

Beim Kap. II. — Quaſipoſtumus durch Nachrücken — liegt eine größere Zahl von Zeugniſſen vor[34]). In Ulp. l. 10 § 2 D. de test. tut. 26. 2 wird die Einſetzung oder Enterbung, in l. 2 C. de lib. praet. 6. 28 wird die Enterbung des als suus heres nachrückenden Deſcendenten als Mittel bezeichnet, das Teſtament gegen Ruption zu ſichern: die Ausdrücke, mit welchen beide Stellen den Rechtsſatz auf die lex Velleja zurückführen, ſind nicht wohl anders zu verſtehen, als daß eine ausdrückliche Beſtimmung des Geſetzes jenes Mittel an die Hand gab[35]). Wenn zugleich namentliche Enterbung des nachrückenden Enkels verlangt wird, ſo kann dies nach dem Wortlaut der Stellen von deren Verfaſſern aus dem Recht ihrer Zeit hinzugefügt ſein[36]). Wichtiger iſt l. 13 D. de injusto 28. 3 (aus Gaj. lib. II instit.): hier wird die Einſetzung oder Enterbung des nachrückenden Enkels gradezu als vom Geſetz vorgeſchrieben bezeichnet (lege Junia Vellea provisum est). Damit ſtimmen überein der aus Gajus entlehnte § 2 I. de exher. lib. 2. 13 und zu dieſer Stelle Theophilus. In den Inſtitutionen wird hinzugefügt, das Vellejiſche Geſetz habe zugleich die Enterbungsform „ad similitudinem postumorum“ bezeichnet; dasſelbe bemerkt Theophilus zu § 2 I. cit., der dann noch dieſe Form genauer darſtellt[37]). Von Mühlenbruch (S. 210—212) wird zwar die Beweiskraft der drei letzten Stellen angefochten; indeſſen ſind ſeine Einwendungen ſchon an ſich von geringer Erheblichkeit, ſie ſchwinden vollends, wenn man den Schluß

[33]) Vergl. Schmidt S. 31 Anm. 87 z. A. S. 34 f. Anm. 96.

[34]) Näher erörtert bei Schmidt Anm. 96.

[35]) Ohne Gewicht ſcheint mir Ulp. l. 2 D. de vulg. 28. 6. Zwar wird auch hier das Vellejiſche Geſetz in Verbindung mit dem Satz des Textes erwähnt, aber man kann das Fragment ohne Zwang ſo auslegen, daß Ulpian die Form, in welcher dem Notherbenrecht Genüge geſchieht (Einſetzung oder Enterbung), ohne Rückſicht auf den Inhalt des Geſetzes zur Sprache bringt.

[36]) Die Stellen beweiſen bei dieſem Punkte nicht mehr als Paul. III. 4[b] § 10. Paulus lehrt ohne Erwähnung des Geſetzes, ein Enkel, der in ſeines Vaters Stelle einrücken könne, müſſe eingeſetzt oder namentlich enterbt werden, damit er nicht das Teſtament durch (Quaſi-)Agnation vernichte.

[37]) Bei dem zuletzt erwähnten Theile der Ausführungen von Theophilus beſitzen wir nur einen corrumpirten Text; doch wurde gewiß geſagt, daß männliche Poſtumi namentlich enterbt werden müſſen, bei weiblichen exheredatio inter ceteros mit Ausſetzung eines Legats genüge. (Vergl. die folgende Anmerkung.)

der entſprechenden Aeußerung bei Gaj. II. 134, ſoweit er nach Studemund lesbar iſt, berückſichtigt. Danach erweiſen ſich jene drei Stellen als durchaus unverdächtig [38]).

Ich komme zu den Poſtumi aus Kap. I des Geſetzes — ſolchen, die vor des Erblaſſers Tode geboren und mit der Geburt sui werden. Von ihnen äußert Ulpian, l. 3 § 1 D. de injusto 28. 3:

— sed et hi, qui post testamentum factum in vita nascuntur, *ita demum per legem Velleam rumpere testamentum prohibentur, si nominatim sint exheredati.*

Mühlenbruch ſtellt in Abrede (S. 209 f.), daß dieſe Worte auf einen vom Geſetz ausgeſprochenen Rechtsſatz gedeutet werden müßten: allein das „ita demum“ verweiſt deutlich auf eine vom Geſetz aufgeſtellte Bedingung, die erfüllt ſein muß, wenn die Ruption verhütet werden ſoll. Die l. 3 § 1 cit. bildet das einzige directe Zeugniß bezüglich der gegenwärtig in Frage ſtehenden Claſſe der Poſtumi: indeſſen wird ſich mit Hülfe der Stelle und der Ergebniſſe, zu welchen wir ſoeben bei der Beſprechung von Kap. II der lex Velleja gelangt ſind, das in l. 29 § 12 D. de lib. 28. 2 enthaltene Fragment des Geſetzes ergänzen laſſen. Ich ſetze die ſchon früher (S. 51) mitgetheilten Worte noch einmal hierher:

— qui testamentum faciet, is omnis virilis sexus, qui ei suus heres futurus erit *etc.*, etsi parente vivo nascantur.

Wie unter II bemerkt wurde, nimmt eine beliebte, auch von Mühlenbruch getheilte Anſicht an, daß das Geſetz nur von männlichen Poſtumi ſprach; darum ſoll die in den Geſetzesworten der l. 29 § 12 cit. mit *etc.* angedeutete Lücke nur mit einer kurzen Phraſe ausgefüllt werden, welche ſolche Notherben zu Erben einzuſetzen erlaubte. (S. 52.) Dem entgegen müſſen wir nach Allem, was wir zufolge der dargelegten Aeußerungen der Quellen über das Verhalten beider Kapitel des Geſetzes zur Frage der Enterbung der Nachgebornen zu denken haben, mit einer andern Meinung [39]) behaupten, daß jene in l. 29 § 12 cit.

[38]) Die erhaltenen Schlußworte lauten nach Studemund: (ne forte — nepos neptisve) *quasi adgnatione rumpat testamentum. idque lege* [m] *junia vellea provisum est in qua simul exheredationis modus notatur, ut virilis sexus nominatim, feminini vel nominatim vel inter ceteros exheredentur, dum tamen iis, qui inter ceteros exheredantur aliquid legetur.* Hiernach hatte das Geſetz offenbar die Enterbungsform ſpeziell angegeben.

[39]) *Cujac.* comm. ad Dig. 28. 2. l. 29 § 12. op. I c. 1076. Schmidt S. 31 f. Anm. 87.

zu einem geringen Theil erhaltene Beſtimmung des Geſetzes den Erblaſſer auf die Einſetzung oder Enterbung der nach errichtetem Teſtament, doch vor ſeinem Tode gebornen sui verwies, und daß dabei für die Enterbung die im Allgemeinen für Poſtumi beſtehenden Formen vorgeſchrieben wurden. Damit ſind die erhaltenen Worte „omnis virilis sexus, qui ei suus heres futurus erit“ vollkommen zu vereinigen: ſie deuten eben darauf hin, daß für männliche Poſtumi Einſetzung oder namentliche Enterbung, für weibliche Einſetzung oder Enterbung inter ceteros mit Vermächtnißzuwendung vorgeſchrieben wurde. In ihrem erſten Theile wird dieſe Auffaſſung durch die beſprochene l. 3 § 1 D. de injusto 28. 3 unmittelbar unterſtützt.

Die zuletzt erörterte Frage nach den Beſtimmungen der lex Velleja über die Form der Enterbung und, was damit zuſammenhängt, nach der Ergänzung des kleinen Stücks des Geſetzes in l. 29 § 12 cit. trifft auf ein Bedenken, das man in dieſem Zuſammenhange meines Wiſſens noch nicht erwogen hat[40]); daſſelbe bezieht ſich auf eine Aeußerung Ulpian's über die Enterbung von Nachgebornen. Während hier § 1 J. de exher. lib. 2. 13 und übereinſtimmend Theophil. ibid. als früheres Recht[41]) die ſoeben erwähnte Unterſcheidung des männlichen und weiblichen Geſchlechts vortragen, lehrt jener Juriſt in fragm. 22. 22, nachgeborne männliche Enkel ſeien namentlich oder auch *inter ceteros* mit Zuwendung eines Vermächtniſſes zu enterben. Freilich wird ſogleich hinzugefügt:

sed tutius est tamen nominatim eos exheredari; et id observatur magis;

auch treten mit der erſten erwähnten Aeußerung mehrere Ausſprüche deſſelben Juriſten in den Pandekten in Widerſpruch, die wenigſtens nicht alle den Gedanken einer Interpolation nahe legen[42]). Aber auch

---

[40]) Leiſt, Forſt. III S. 141. 142 berührt zwar bei der Darſtellung der Enterbungsvorſchriften des prätoriſchen Rechts auch die von uns im Text zu beſprechende Bemerkung bei Ulp. 22. 22; aber auf deren Verhältniß zum Vellejiſchen Geſetz geht er nicht ein.

[41]) Den Gegenſatz des von Juſtinian mit l. 4 C. de lib. praet. 3. 28 begründeten neuen Rechts hebt noch in demſelben Inſtitutionentitel de exhered. lib. 2. 13 der § 5 hervor.

[42]) Wir dürfen gewiß nicht annehmen, daß Ulpian für die verſchiedenen Claſſen der Poſtumi verſchiedene Enterbungsformen angenommen habe; deshalb gehören drei Aeußerungen deſſelben hieher: a. l. 3 pr. D. de injusto 28. 3. Postumi *per virilem sexum descendentes* ad similitudinem filiorum nominatim

ſo erſcheint es kaum begreiflich, wie der Juriſt gegenüber der oben bei der Beſprechung der lex Junia Velleja nachgewieſenen geſetzlichen Regelung der Form für die Enterbung einzelner Claſſen nachgeborner Deſcendenten zu der vorliegenden abweichenden Anſicht kommen konnte.

Wie man dies indeſſen immer erklären mag, in unſrer Auffaſſung des Rechts der lex Velleja darf uns jener vereinzelte Ausſpruch nicht irre machen; er tritt in Conflict mit einer Reihe von Aeußerungen der Quellen, die wenigſtens zum Theil zuverläſſig ſind[43]).

b. Durch die jetzt erwogene Vorſchrift aus Kap. II des Velleji-ſchen Geſetzes (l. 29 § 13. 14 D. de lib. 28. 2) war es möglich gemacht, Deſcendenten des Erblaſſers, die zur Zeit der Teſtaments-errichtung deſſen väterlicher Gewalt unterworfen, nicht aber ſeine sui waren, im Voraus auf den Fall ihrer Quaſiagnation zu berückſichtigen. Hieran lehnt ſich am Nächſten eine jetzt darzuſtellende Rechtsentwick-lung an, welche ſich auf leibliche, im Zeitpunkt des errichteten Teſtaments nicht in der väterlichen Gewalt des Erblaſſers ſtehende Deſcendenten bezieht; auch bei ihnen hat man ſchritt-weiſe den alten Satz aufgegeben, wonach eine durch Quaſiagnation in das Verhältniß eines suus heres tretende Perſon vor der Be-

---

exheredandi sunt. Da per virilem sexum descendentes alle mit dem Erblaſſer durch männliche Erzeuger verbundenen Poſtumi ſind, auch die weiblichen, ſo liegt bei dieſer Stelle die Annahme der Interpolation ſehr nahe. Dafür *Cujac.* ad tit. XXIX Ulp., tit. XI § 4 not. 1; comm. ad Dig. 28. 2 l. 4 — op. I. 319. 1057. — *Schulting*, notae ad Dig. ad l. 3 pr. cit. (Hier werden weitere Ver-treter derſelben Anſicht genannt.) b. l. 3 § 1 D. eod.: in Anwendung auf po-stumi Vellejani cap. I wird namentliche Enterbung gefordert ohne Unterſcheidung nach dem Grade, freilich auch nach dem Geſchlecht. Die Nähe der obigen l. 3 pr. führt zwar auf den Gedanken einer Interpolation; dagegen aber ſpricht, daß der Juriſt ſich für ſeinen Satz ausdrücklich auf das Vellejiſche Geſetz beruft. c. l. 10 § 2 D. de test. tut., 26. 2, bezüglich auf postumi Vellejani cap. II. Die Stelle iſt die am wenigſten verdächtige; ſie fordert für den nachrückenden Enkel nament-liche Enterbung.

[43]) In Betracht kommen alle Ausſprüche, welche für Poſtumi oder Quaſi-poſtumi entfernteren Grades vom Standpunkt des claſſiſchen Rechts oder auch des Rechts der lex Velleja namentliche Enterbung fordern, alſo a. für eigentliche Poſtumi: § 1 J. de exher. lib. 2. 13. Theophil. ib. (Ulp. l. 3 pr. D. de in-justo 28. 3.) b. für *postumi Vellejani cap. I:* Ulp. l. 3 § 1 D. de injusto 28. 3. c. für *postumi Vellejani cap. II:* Paul. III. 4[a] § 10. § 2 J. de exher. lib. 2. 13. et ib. Theophil. verb. mit Gaj. II. 134. Ulp. l. 10 § 2 D. de test. tut. 26. 2. Alex. l. 2 C. de lib. praet. 6. 28.

gründung dieſes Verhältniſſes nicht wirkſam eingeſetzt oder enterbt werden konnte[44]).

Eine Entſcheidung Julian's ſchließt ſich eng an die lex Velleja an. Wenn der Erblaſſer einen noch ungebornen Enkel von einem lebenden Sohn einſetzte (oder enterbte), der Enkel bei Lebzeiten von Vater und Großvater zur Welt kam, demnächſt aber der Vater vor dem Großvater ſtarb, ſo paßte dieſer Fall weder unter Kap. I des Geſetzes, wo nur von Deſcendenten die Rede war, die mit der Geburt sui wurden, — noch unter Kap. II, das ſich auf Deſcendenten beſchränkte, welche zur Zeit der Teſtamentserrichtung lebten. Wollte man aber ſagen, ein Zuſammenfaſſen der beiden in der lex Velleja zur Geltung gekommenen Prinzipien müſſe der erwähnten letztwilligen Verfügung die Kraft verleihen, die Vernichtung des Teſtaments abzuwenden, ſo ſtand entgegen, daß das Kap. II des Geſetzes nur ſolche demnächſtige Notherben im Auge hatte, bei denen die rechtliche Möglichkeit, ſie zu Erben zu ernennen, nicht erſt begründet zu werden brauchte, während im vorwürfigen Falle eine weitere Ausnahme von der Regel nöthig wurde, daß eine incerta persona nicht durch den letzten Willen bedacht werden konnte. Trotz dieſes Bedenkens erklärte Julian jene Verfügung für wirkſam, indem er ſich in der dargeſtellten Weiſe auf die Analogie der lex Velleja berief. Dieſe Anſicht gelangte zu allgemeiner Anerkennung[45]).

Kam ein Kind durch *erroris causae probatio* in die Stellung eines suus des leiblichen Vaters, ſo galt zur Zeit des Gajus folgendes Recht: erfolgte die Quaſiagnation des Kindes nach des Vaters Tode, ſo ſchützte nach einem Senatsſchluß aus Hadrian's Zeit ſeine früher angeordnete Einſetzung oder Enterbung das Teſtament; wurde die causae probatio bei Lebzeiten des Vaters bewirkt, ſo vernichtete ſie das frühere Teſtament unvermeidlich[46]).

Auch der in dieſer Unterſcheidung liegende Gedanke indeſſen, wonach man das alte Recht feſthalten wollte, ſoweit dem Erblaſſer nach der Entſtehung des Notherben eine Aenderung des letzten Willens

---

[44]) Vergl. zu b. und c. Francke S. 40—44. Mühlenbruch S. 279—286. Bangerow II § 468 Anm. 1 unter 5. Schmidt S. 33—37.

[45]) l. 29 § 15. 16 init. D. de lib. 28. 2.

[46]) Gaj. II. 142. 143. — Dagegen vernichtete noch nach Gaj. II. 141 der Rückfall des Sohnes in die Gewalt nach der erſten oder zweiten Mancipation das Teſtament auch dann, wenn der Sohn in demſelben eingeſetzt oder enterbt war.

möglich geweſen war, wurde in der Folge aufgegeben. Nach Tryphonin bleibt das über das caſtrenſiſche Vermögen errichtete Teſtament Desjenigen, welcher mit ſeinem Kinde in väterlicher Gewalt ſteht und dann in Folge des Todes des Vaters ſelbſt Gewalthaber des Kindes wird, gegen die Vernichtung durch den damit eintretenden Notherben geſichert, wenn es deſſen Einſetzung oder Enterbung ausſpricht[47]). Ebenſo iſt nach Papinian und Ulpian die Enterbung, um ſo mehr ſelbſtverſtändlich die Erbeseinſetzung eines emancipirten Kindes wirkſam, wenn das Kind in der Folge vom leiblichen Vater wieder arrogirt wird[48]). In dieſem Falle hat es wohl die Annahme des Rechtsſatzes gefördert, wie von andrer Seite wiederholt bemerkt iſt, daß die Enterbung in Rückſicht auf die prätoriſche Notherbfolge von vorn herein Bedeutung hatte.

Das Endergebniß der Entwicklung unter b. iſt ſo zu faſſen: Einſetzung wie Enterbung eines zur Zeit gewaltfreien leiblichen Deſcendenten ſind geeignet, das Teſtament gegen Ruption zu ſichern, wenn auch der Deſcendent in der Folge Notherbe des Erblaſſers werden ſollte.

c. Bei Perſonen, die für den Erblaſſer im Augenblick der Teſtamentserrichtung Fremde waren, galt noch zur Zeit des Gajus Einſetzung wie Enterbung als unwirkſam gegenüber ihrem ſpäteren Eintreten in die Stellung von Notherben des Erblaſſers[49]). In Anwendung auf die Enterbung hat man daran auch in der Folge feſtgehalten;[50]) dagegen erklärte Scävola und beſtimmter Papinian die Einſetzung für völlig wirkſam[51]).

---

[47]) l. 28 § 1 D. de lib. 28. 2. Vergl. die Darſtellung des Falls in § 3 Num. 5.

[48]) l. 23 pr. D. de lib. 28. 2. l. 8 § 7, womit zu vergleichen § 10 D. de bo. poss. co. tab. 37. 4.

[49]) Gaj. II. 138—140 (Begründung der Notherbenſtellung durch Adoption, Arrogation, in manum conventio).

[50]) Vergl. die Stellen in Anm. 25, insbeſondere Ulp. l. 8 § 8 D. de bo. poss. co. tab. 37. 4 (ſpätere Arrogation des Enterbten).

[51]) l. 18 D. de injusto 28. 3. l. 23 § 1 D. de lib. 28. 2 (ſpätere Arrogation des Eingeſetzten). — Darüber, daß l. 6 D. eod. nicht in dieſen Zuſammenhang gehört, vergl. Schmidt S. 36 Anm. 100.

C. Das Einzelne über die Einſetzung und Enterbung der Notherben.

§ 9.

1. Von der Einſetzung im Allgemeinen*).

Die bei der Darſtellung des Weſens des formellen Notherbenrechts nachgewieſene Regel, daß der Erblaſſer ſeine Notherben entweder zu Erben einzuſetzen oder zu enterben hat, gilt ausnahmslos [1]). Sie iſt von den Römern durch eine lange Reihe von Rechtsſätzen näher ausgebildet. Zu deren Darſtellung iſt jetzt an erſter Stelle (§§ 9. 10) die Erbeseinſetzung in's Auge zu faſſen.

Die Form der Erbeseinſetzung ſteht im Allgemeinen unter eben den Regeln, welche für jede Einſetzung gelten. Indeſſen iſt für die Einſetzung des Notherben weſentlich, daß derſelbe in Perſon bedacht wird; die Einſetzung eines ſeiner hausherrlichen Gewalt Untergebenen genügt nicht [2]).

Beim Poſtumus verlangte das claſſiſche Recht, es ſollten entweder die beiden Fälle ſeines Erſcheinens vor und nach dem Tode namhaft gemacht, oder der Einſetzung ſollte eine allgemeine Faſſung gegeben werden, welche den einen wie andern Fall unter ſich begriff. War der Poſtumus nur mit Nennung Eines Falls als Erbe gerufen, ſo hatte der Eintritt des andern die gewöhnliche Folge der Vernichtung des letzten Willens wegen Präterition [3]). Nach einer Verordnung Juſtinian's — l. 4 C. de postumis 6. 29 — genügt es dagegen,

---

*) Mühlenbruch **36** S. 349—354. Schmidt S. 39—41.

[1]) Schmidt meint (S. 39 Anm. 111), die Alternative fehle bei denjenigen Quaſipoſtumi, welche nicht eigene Kinder des Erblaſſers ſind, — alſo in dem ſoeben im § 8 unter III c. beſprochenen Falle. Dieſe Auffaſſung iſt gewiß nicht begründet. Bevor der Fremde durch Adoption, bei den Römern auch durch in manum conventio, als suus in die Gewalt des Erblaſſers getreten iſt, beſteht begreiflich in Rückſicht auf ihn eine Anforderung des Notherbenrechts gar nicht; wird er vor dieſer Zeit zum Erben eingeſetzt oder enterbt, ſo iſt das keine Erfüllung einer ſolchen Anforderung, die ſpätere Entſtehung des Gewaltverhältniſſes legt nur die Frage nahe, ob gegenüber ſeiner Berufung auf die Ruption des Teſtaments die Thatſache ſeiner Berückſichtigung in demſelben geltend gemacht werden kann. Mit dem Augenblick dagegen, wo er die Stellung postumi loco erlangt hat, tritt auch in Anſehung ſeiner die gewöhnliche alternative Vorſchrift an den Erblaſſer heran.

[2]) Arg. l. 3 § 15 D. de bo. poss. co. tab. 37. 4. Vergl. Förſter p. 278.

[3]) Paul. III. 4[b] § 9. l. 10 D. de lib. 28. 2. — Wegen der Bezeichnung des einzuſetzenden Poſtumus l. 29 § 6 D. de lib. 28. 2.

wenn einer von beiden Fällen bezeichnet wird; der andere iſt dann ohne Weiteres in der Einſetzung mit enthalten.

Gegenſtand der Einſetzung kann auch eine einzelne Sache ſein[4]): bei Beſtimmung des Umfangs des zuzuweiſenden Erbtheils hat der Erblaſſer völlig freie Hand[5]).

Grade beim Notherben wird die durch die Quellen angeregte Frage praktiſch, welche Grundſätze eintreten, wenn das Teſtament in Anwendung auf denſelben Erben Einſetzung und Enterbung ausſpricht, ohne beide Anordnungen durch eine Bedingung zu einander in Beziehung zu ſetzen[6]). Vom Standpunkt des römiſchen Rechts läßt ſich nicht wohl in Abrede ſtellen, daß hier die Enterbung unwirkſam bleibt: der Einſetzung iſt innerhalb des Teſtaments eine ſo bevorzugte Stellung angewieſen, daß ſie in dieſem ſelbſt (durch voraufgehende oder nachfolgende Willenserklärung) nicht zurückgenommen werden kann[7]). Wenn behauptet wird, jener Satz könne uns nicht binden[8]), ſo iſt zwar anzuerkennen, daß demſelben nach unſrer Anſchauung die innere Begründung abgeht; aber darum darf ſeine Geltung nicht geleugnet werden, ſo lange nicht ſeine Beſeitigung durch Gewohnheitsrecht feſtzuſtellen iſt.

---

[4]) l. 19 D. de lib. 28. 2.

[5]) l. 29 § 10 D. eod.

[6]) Die im Text erwähnte Beziehung iſt vorhanden, wenn der Erblaſſer den Erben unter einer Bedingung oder Auflage (wäre es auch nur rückſichtlich der Form des Erbſchaftserwerbs) einſetzt, für den Fall der Nichterfüllung aber enterbt. Das war bei den Römern auch gegenüber einem heres extraneus gebräuchlich: ſo l. 27 D. ad l. Falc. 35. 2. l. 44 D. de her. inst. 28. 5. l. 41 § 8 D. de legat. III (32) und der Fall der cretio. In Anwendung auf den extraneus ſchließe ich mich hierbei der Auffaſſung an, die ſchon Mühlenbruch S. 402 f. Anm. 94 angedeutet hat: bei ihm liegt in Wahrheit eine einheitliche Verfügung vor, die Enterbung bezeigt nur den beſtimmten Willen des Erblaſſers, der Gerufene ſolle nicht anders Erbe ſein, als wenn er der ſeiner Einſetzung beigegebenen Beſchränkung genügt. Anders beim Notherben: hier hat die Enterbung eine ſelbſtändige Bedeutung.

[7]) Dies zeigen l. 21 l. 13 § 2 D. de lib. 28. 2. l. 17 § 2 D. de test. mil. 29. 1 l. 1 § 4 D. de his quae in test. 28. 4; beſtätigend l. 27 § 1. 2. l. 67 D. de her. inst. 28. 5. — Für die Anſicht des Textes unter den Neueren Mühlenbruch S. 393—413 (hier Angaben über die frühere Litteratur). Schmidt S. 39 Anm. 112. A. M. Arndts II (Art. „Enterbung") S. 652—655.

[8]) Dafür Arndts a. a. O. und beſtimmter Windſcheid III § 562 Anm. 4.

§ 10.

2. Bedingte Einſetzung*).

I. Die der Einſetzung eines Notherben zugefügte aufſchiebende Bedingung erfährt bei den einzelnen Claſſen von Notherben eine ungleiche Behandlung.

A. Beim Hausſohne, der ſchon zur Zeit der Errichtung des Teſtaments lebt, iſt die bedingte Einſetzung ungültig; doch wird eine doppelte Ausnahme zugelaſſen: die Poteſtativbedingung iſt ohne Weiteres ſtatthaft[1]), — die caſuelle Bedingung iſt es dann, wenn für den Fall der Deficienz Enterbung verfügt iſt[2]), vorausgeſetzt, daß die Entſcheidung noch bei Lebzeiten des Sohnes eintritt[3]).

Dieſe Sätze ſind vor Allem, ſoweit es deſſen bedarf, zu erklären. Die Regel von der Unſtatthaftigkeit bedingter Einſetzung hat man mit Recht darauf zurückgeführt, daß der Erblaſſer den Notherben — ſo jedenfalls den lebenden Sohn — für alle Fälle berückſichtigen muß, in welchen es zur Erbfolge auf Grund des Teſtaments kommen kann; dem genügt die bedingte Einſetzung nicht, da es bei ausfallender Bedingung an einer auf den Notherben bezüglichen Verfügung fehlt[4]). Eben darum erſcheint jede Bedingung ſtatthaft, wenn nach dem Teſtament bei deren Ausfall Enterbung eintreten ſoll (Text bei Anm. 2). Hier hat der Erblaſſer bei ſeiner Entſchei-

---

*) Francke S. 46—58. Mühlenbruch S. 354—387. Bangerow II § 469 Anm. unter A. Schmidt S. 41—45. Scheurl, Nebenbeſtimmungen S. 311 — 325.

[1]) l. Für die Regel und die erſte Ausnahme l. 4 — l. 6 pr. D. de her. inst. 28. 5. l. 28 D. de condic. inst. 28. 7. l. 83 D. de cond. et dem. 35. 1. l. 4 C. de instit. et subst. 6. 25.

[2]) l. 86 pr. D. de her. inst. 28. 5. l. 20 § 4 D. de bon. libert. 38. 2. l. 4 C. cit. Vergl. auch l. 28 pr. D. de lib. 28. 2.

[3]) l. 28 pr. cit. Wegen des Schlußſatzes der Stelle Schmidt S. 42 Anm. 123 a. E., wo weitere Nachweiſe.

[4]) Francke S. 46 f. Mühlenbruch S. 354 f. Schmidt S. 42. Freilich gilt der Satz auch dann, wenn der Sohn der einzige im Teſtament gerufene Erbe, daher bei Nichteintreten der Bedingung die geſetzliche Erbfolge begründet iſt; arg. l. 4 pr. l. 5 D. de her. inst. 28. 5. l. 28 D. de cond. inst. 28. 7. Vergl. auch l. 16 D. de lib. 28. 2. Indeſſen iſt jedenfalls von ſolchen Fällen die vorliegende Rechtsbildung nicht ausgegangen; hatte man aber einmal für andere Fälle die caſuelle Bedingung ausgeſchloſſen, ſo iſt es begreiflich, daß man dieſelbe auch dann nicht gelten ließ, wenn der Sohn bei ausfallender Bedingung als geſetzlicher Erbe eintreten mußte.

dung rücksichtlich der gesetzlichen Alternative des Einsetzens oder Enterbens je nach den beiden durch das Setzen der Bedingung gegebenen Möglichkeiten gewechselt, gegenüber einer jeden Möglichkeit aber der Anforderung des Gesetzes entsprochen. — Auf die von uns angenommene Erklärung läuft im Grunde auch die Ausführung von Scheurl[5]) hinaus, nur mischt diese einen Gedanken ein, der nach unserm Urtheil dem Notherbenrecht fremd ist. Scheurl läßt Letzteres an den Satz anknüpfen: die sui sind ohne Weiteres Erben, sie brauchen es nicht erst zu werden; darum sollten sie beim Tode des Erblassers nur dann nicht Erben sein, wenn der Erblasser es selbst durch Testament verboten hatte. Auch testamentarische Erben aber sollten sie nur kraft ausdrücklichen Gebots des Erblassers sein: demnach war weder stillschweigende Ausschließung noch stillschweigende Einsetzung möglich. Daraus ergibt sich für Scheurl die Unzulässigkeit einer einseitigen bedingten Einsetzung, die bei ermangelnder Bedingung zur stillschweigenden Ausschließung führen würde, — nicht minder aber die einer einseitigen bedingten Enterbung, die ihre Ergänzung in einer stillschweigenden Einsetzung zu finden hätte. — Läßt sich aber wirklich der Gedanke einer stillschweigenden Einsetzung für den Aufbau des formellen Notherbenrechts, insbesondere der Lehre von bedingter Berücksichtigung der Notherben verwenden? Ich meine, nein: die stillschweigende Einsetzung ist dem classischen Recht, das doch das formelle Notherbenrecht als fertigen Rechtstheil besaß, völlig fremd; eben darum finden wir weder die allgemeine Frage berührt, ob der Erblasser auf solchem Wege seiner Obliegenheit gegen den suus genügt, noch die besondere Frage, ob in der bedingten Enterbung eine stillschweigende Einsetzung zu finden sei[6]). Hätte man diese Fragen aufwerfen können, so würde die erste sicher bejahend, die zweite aller Wahrscheinlichkeit nach verneinend entschieden sein. Ich gründe diese Annahme darauf, daß zwar die Erbeseinsetzung, nicht aber die Enterbung auf die dem letzten Willen zu Theil werdende günstige Behandlung Anspruch hat[7]).

[5]) A. a. O. S. 312 f.

[6]) l. 19 D. de her. inst. 28. 5. l. 16 § 1 D. de vulg. 28. 6. Anders seit der l. 15 C. de testam. 6. 23 von Constantius. Vergl. Windscheid III § 546 Anm. 11, wo weitere Litteratur.

[7]) Paul. l. 19 D. de lib. 28. 2: — quoniam nec fundi exheres esse jussus recte exheredaretur, *aliamque causam esse institutionis quae benigne acciperetur:* exheredationes autem non essent adjuvandae.

Die Ausnahme bei Poteſtativbedingungen hat man bisher ſo erklären wollen, daß eine ſo bedingte Einſetzung einer unbedingten gleich zu achten[8]), demgemäß die Unterlaſſung der Erfüllung eben ſo zu beurtheilen ſei, wie die Erklärung, man wolle die Erbſchaft nicht haben[9]). Gegen dieſe Behandlung der Frage hat ſich in neueſter Zeit Scheurl erklärt (S. 318—320) und ich meine, daß jedenfalls ſein Widerſpruch im Recht iſt. Die äußeren Beweiſe der angefochtenen Anſicht fallen nicht in's Gewicht. Nach l. 1 § 8 D. si quis omissa 29. 4 (Anm. 8) ſoll der Erbe, welcher die ihm bei der Einſetzung vorgeſchriebene Poteſtativbedingung nicht erfüllt, dann aber das Vermögen als geſetzlicher Erbe erwirbt, den Vermächtnißnehmern grade ſo aus der Edictsclauſel: si quis omissa causa testamenti cet. haften, wie der unbedingt Eingeſetzte, der den gleichen Erfolg durch Ausſchlagung der Erbſchaft aus dem Teſtament herbeiführt. — Aehnlich verhält es ſich mit l. 13 D. de legat. praest. 37. 5 (Anm. 9). Die vom Erblaſſer dem eingeſetzten Erben auferlegten Vermächtniſſe an Eltern und Kinder ſind vom Notherben, der die bon. poss. contra tabulas geſucht hat, auch dann zu gewähren, wenn der Eingeſetzte die Erbſchaft nicht erwirbt; dieſer ſchlägt ja meiſt darum aus, weil ihm die Notherbfolge doch das Vermögen entziehen würde[10]). Letzterer Erwägung gegenüber muß aber auch der, welcher die ihm vorgeſchriebene Poteſtativbedingung unerfüllt läßt, die gleiche Behandlung erfahren. So l. 13 cit. Hiernach liegen in den angerufenen Stellen zwei vereinzelte Anwendungen vor, in welchen die Nichterfüllung der Poteſtativbedingung dem Erfolge nach dem Ausſchlagen der Erbſchaft gleichgeſtellt wird. Daraus iſt nichts für die Frage zu entnehmen, warum der Erblaſſer durch

---

[8]) Ulp. l. 1 § 8 D. si quis omissa 29. 4: — quia ejusmodi condicio (condicionalis institutio? *Momms.) pro pura debet haberi.*

[9]) Tryphon. l. 13 D. de legat. praest. 37. 5. Item a substituto legata deberi dicimus, si institutus condicione defectus esset, quae in ipsius potestate non fuit: nam si eam, quae in ipsius potestate fuit, non implevit, *pro eo habendus est, qui noluit adire hereditatem,* quando nihil habiturus emolumenti condicioni merito non paruerit. Vergl. Mühlenbruch S. 356. Schmidt S. 43.

[10]) So in Uebereinſtimmung mit dem Schluß der l. 13 cit. die (l. 3 § 7) l. 4 D. de legat. praest. 37. 5: — cum propter hoc plerumque scripti heredes *omittant hereditatem,* cum scirent emancipatum aut petisse aut petiturum contra tabulas bonorum possessionem. (Julian.) Vergl. auch Tryphon. l. 20 pr. D. de bon. poss. co. tab. 37. 4.

Einsetzung unter einer solchen Bedingung seiner an sich auf unbedingte Erbeseinsetzung gerichteten Obliegenheit gegenüber dem Notherben genügt. In der That bietet die herrschende Auffassung zur Beantwortung dieser Frage nur eine Fiction, und dadurch wird nichts erklärt. Man erwäge, daß der bedingt Eingesetzte, mag immer die Erfüllung der Bedingung von seinem Willen abhängen, eine Erfüllungshandlung vornehmen muß, damit er erwerbe. Bis diese erfolgt ist, wird auch der suus nicht Erbe[11]); stirbt er also vor erfüllter Bedingung, so geht die Erbschaft nicht auf seine Erben über. Wo eine solche Thatsache vorliegt, ist zu behaupten, daß es eine praktische Rücksicht gewesen sein muß, um deren willen man die Einsetzung des suus heres unter potestativer Bedingung zugelassen hat.

Von dieser Auffassung aus stellt Scheurl die Frage so: warum ließ man bei der Einsetzung unter einer Potestativbedingung das Erforderniß einer auf die entgegengesetzte Bedingung gestellten Enterbung fallen? Die Antwort findet er in l. 86 pr. D. de her. inst. 28. 5. Mäcian führt aus, wenn ein suus heres unter der Bedingung „si volet“ zur Erbschaft gerufen sei, würde das Verlangen einer Enterbung mit umgekehrter Bedingung („si nolet, exheres esto“) lächerlich sein. Eben diese Erwägung nun, meint Scheurl, mochte dahin führen, daß man bei jeder Einsetzung eines filius suus unter irgend einer potestativen Bedingung die Enterbung unter der entgegengesetzten Bedingung für überflüssig erachtete.

So fein der Gedanke ist, so will er doch nicht überzeugen. Wenn Mäcian die Enterbung für den Fall der Nichterfüllung bei den auf das nackte Wollen des eingesetzten Erben gestellten Bedingungen für etwas Unverständiges erklärt, so läßt sich das Gleiche für alle Potestativbedingungen gewiß nicht behaupten: warum soll man also das Erforderniß einer solchen Enterbung, da es doch nur bei einzelnen dieser Bedingungen nicht aufrecht erhalten werden konnte, allgemein bei Potestativbedingungen aufgegeben haben? Weiterhin ist es auch nicht wahrscheinlich, daß die Regel, welche die dem Notherben gestellte (casuelle) Bedingung bei angeordneter Enterbung unter entgegengesetzter Bedingung für statthaft erklärt, älter sein sollte, als

[11]) l. 69. l. 86 § 1 D. de her. inst. 28. 5. l. 12 D. de condic. inst. 28. 7. (Vergl. Anm. 13.)

der Satz von der Erlaubtheit poteſtativer Bedingungen bei der Einſetzung der sui. Dieſer zweite Satz iſt nicht allein faßlicher, ſondern auch praktiſch wichtiger als jene Regel: daher wird er vor dieſer und alſo unabhängig von ihr entſtanden ſein. Dieſe Annahme wird durch die Quellen unterſtützt. Die auf die caſuelle Bedingung bezügliche Regel wird von Julian in einer Weiſe vorgetragen, welche es glaublich macht, daß dieſer Juriſt ihr Urheber iſt[12]); dagegen kennt ſchon Proculus die Beſtimmung, daß jeder unter der Bedingung „si volet“ eingeſetzte nothwendige Erbe die Stellung eines heres voluntarius erlangt[13]): zu ſeiner Zeit muß alſo ſchon die Möglichkeit beſtanden haben, einen suus (et necessarius) mit poteſtativer Bedingung zu ernennen.

Vielleicht gewährt grade dieſe Aeußerung des Proculus den Schlüſſel zur Löſung des uns beſchäftigenden Räthſels. Die Regel, daß der necessarius heres rechtlich die Stellung eines aus freiem Willen eintretenden Erben erlangt, wenn er im Teſtament unter poteſtativer Bedingung gerufen iſt, dürfte älter ſein als das beneficium abstinendi[14]); in ihr hatte wohl vor dem Eingreifen des Prätor die Jurisprudenz dem Erblaſſer ein Mittel geſchaffen, ſeinen *sui* die Befreiung vom Erbſchaftserwerb zu ſichern. Um einem ſolchen unabweislichen Bedürfniß des Rechtslebens gerecht werden zu

[12]) Julian. l. 20 § 4 D. de bon. libert. 38. 2: — *existimo* autem, quotiens sub condicione heres filius scribitur, alias necessariam esse exheredationem a substituto, alias supervacuam: nam si id genus condicionis fuerit, quae in potestate filii esset, — *puto* etiam omissa condicione filium locum substitutis facere. — Daß Julian's wiſſenſchaftliche Thätigkeit die Lehre von der bedingten Bedenkung der Notherben auch ſonſt gefördert hat, zeigt l. 4 D. de hered. inst. 28. 5.

[13]) Procul. l. 69 D. de her. inst. 28. 5. „Cornelius et Maevius, uter eorum volet, heres esto“ —. quod si hi (sc. heredes scripti) ex numero necessariorum heredum essent, tum id non frustra adjectum esse *et non solum figuram, sed vim quoque condicionis* continere. — Vergl. dazu Hermog. l. 12 D. de condic. inst. 28. 7. Verba haec: „Publius Maevius, si volet, heres esto“ *in necessario* condicionem faciunt —.

[14]) Allerdings hat das beneficium abstinendi nach l. 71 § 9 D. de A. v. O. H. 29. 2. ſchon zur Zeit des Maſurius Sabinus beſtanden. Vergl. Schrader ad § 2 J. de hered. qual. 2. 19 verb. „praetor permittit — abstinere“. Aber ſowohl die hiervon redende Nachricht, wie anderſeits die aus l. 69 D. de her. inst. 28. 5 zu entnehmende Notiz über den andern im Text beſprochenen Satz beweiſen für die betreffenden Zeiten nur das Beſtehen, nicht das Entſtehen des einzelnen Inſtituts.

können, nahm man dann den damit ſich von ſelbſt ergebenden Satz in den Kauf, daß der suus als Notherbe ſich die poteſtative Bedingung gefallen laſſen müſſe.

Was die Regel betrifft, daß auch eine caſuelle Bedingung genügt, wenn der Notherbe für den Fall des Nichteintretens enterbt wird, ſo iſt ſie ſchon oben erklärt. Indem hier Einſetzung und Enterbung einander ergänzen, wird der Gedanke einer Präterition ausgeſchloſſen, und dieſe war es allein, die ſich der bedingten Einſetzung des Notherben widerſetzt hatte. Daß aber Tryphonin in l. 28 pr. D. de lib. 28. 2 auch in ſolchem Fall fordert, es müſſe der Notherbe den Eintritt der Bedingung erleben, iſt Anwendung des Grundſatzes, wonach eine Enterbung für die Zeit nach dem Tode des von ihr Betroffenen ungültig ſein ſoll.

Zu ſagen iſt jetzt noch, wann eine Bedingung vom Standpunkt des Notherbenrechts eine poteſtative iſt, in welchem Zeitpunkt ſie dieſe Eigenſchaft an ſich tragen muß, und welche Folgen es hat, wenn die Erfüllung nachträglich unmöglich wird.

Nach der Art, wie die römiſchen Juriſten in unſrer Lehre von der auf den Willen des Notherben geſtellten Bedingung reden, iſt deren Begriff hier kein anderer, als der ihr ſonſt im Recht zukommende. Nur tritt bei der hier vorliegenden Anwendung der Umſtand beſonders ſcharf hervor, daß die Poteſtativbedingung vom Notherben nur eine Bethätigung des Willens verlangen ſoll, die Erbſchaft anzunehmen. In dieſem Sinne behandelt Alexander in l. 4 C. de inst. vel substit. 6. 25 die Bedingung, in die entfernte, jenſeits des Meeres gelegene Heimat zurückzukehren, als eine nicht poteſtative, — in dem nämlichen Sinne will Ulpian, l. 4 § 1 D. de her. inst. 28. 5, bei den Bedingungen „si Alexandriam pervenerit“, „si X dederit“ darauf geſehen wiſſen, ob ſich der Erfüllung im einzelnen Fall Schwierigkeiten entgegenſtellen; — eben dieſe Auffaſſung endlich muß durchſchlagen, wenn dem Sohne ein ſchweres Opfer, eine für ſeine Zukunft folgenſchwere Handlung, z. B. die Adoption eines Andern, zugemuthet wird[15]). Die Frage, ob danach eine Bedingung der Anforderung

[15]) So Francke S. 48—51. Uebereinſtimmend Scheurl S. 318; zu vergleichen ſind noch deſſen Ausführungen über den Begriff der Poteſtativbedingung S. 87—89.

des Rechts entſpricht, haben wir mit Ulp. l. 4 D. de her. inst. 28. 5 als Gegenſtand der Beurtheilung des einzelnen Falls zu bezeichnen[16]).

Jenem erſten Gedanken entſprechend betont Francke (S. 50), daß die Bedingung ſich zur Zeit des Todes des Erblaſſers — alſo der Delation der Erbfolge aus dem Teſtament — als poteſtative darſtellen muß. Indeſſen bedarf es theils einer Vervollſtändigung, theils einer Berichtigung dieſes Satzes. Unbedingt iſt nicht auf die Zeit des Todes allein Gewicht zu legen. Denn vor Allem muß der Hausſohn gültig zum Erben eingeſetzt werden; dem aber iſt nicht genügt, wenn die mit ſeiner Einſetzung verbundene Bedingung zur Zeit der Teſtamentserrichtung nicht wirkliche Poteſtativbedingung iſt[17]). Die Einſetzung und damit das Teſtament iſt dann von Anfang an nichtig. Neben dieſem erſten Zeitpunkt wird weiter der der Delation der Erbfolge aus dem Teſtament, alſo die Zeit des Todes des Erblaſſers, wichtig: für ihn iſt die gleiche Anforderung zu erheben. Genau richtig iſt indeſſen dieſe zweite Zeitbeſtimmung noch nicht. Wir dürfen nicht vergeſſen, daß die poteſtative Bedingung ihrem Begriffe nach den Notherben zu einem beſtimmten Handeln auffordert: das darauf gerichtete Verlangen muß, bevor er thätig werden kann, zu ſeiner Kenntniß kommen. Iſt er alſo nicht ohnehin vom Inhalt des Teſtaments unterrichtet, ſo kommt es auf die Zeit des an ihn eröffneten letzten Willens an[18]), nicht auf die Zeit des Todes des Erblaſſers. Endlich entſpricht es dem Weſen der Poteſtativbe-

---

[16]) So iſt in l. 4 D. de her. inst. 28. 5 das „facti potestas“ zu nehmen. Th. Mommſen in ſeiner Ausgabe möchte die Worte durch „facti quaestio“ erſetzen.

[17]) Abgeſehen davon, daß an ſich bei der Vorſchrift des Notherbenrechts in Anſehung des Sohnes auf dieſe Zeit beſonderes Gewicht fällt (pr. J. de exher. lib. 2. 13 vergl. mit Gaj. II. 123), ſind hervorzuheben Ulp. l. 4 pr. D. de her. inst. 28. 5: Suus quoque heres sub condicione heres potest *institui*: sed excipiendus est filius, qui *non sub omni* condicione *institui potest* —. Scaev. l. 86 D. eod. Jam dubitari non potest, suos quoque heredes sub hac condicione *institui posse*, ut, si voluissent, heredes essent —. Papin. l. 28 D. de cond. inst. 28. 7: — cum non sufficit sub qualibet condicione *filium heredem institui* —. Einen weiteren Beweis liefert l. 24 D. de lib. 28. 2. Nach der Stelle rumpirt jeder Poſtumus das Teſtament ſofort, ſobald bei ſeinem Erſcheinen die mit ſeiner Einſetzung verbundene caſuelle Bedingung noch ſchwebt: dem entſprechend muß beim lebenden Sohn die Bedingung ſchon bei der Errichtung des Teſtaments den geſetzlichen Erforderniſſen entſprechen.

[18]) So auch Scheurl S. 318.

dingung, daß dieſe ſich von dem Augenblick an, wo ſie dem Notherben bekannt geworden iſt, noch während eines angemeſſenen, billig zur Ausführung der Handlung in Anſpruch zu nehmenden Zeitraums als von deſſen Willen abhängig erweiſen muß. Auch hier iſt Nichtigkeit des der Anforderung nicht entſprechenden letzten Willens zu behaupten.

Eine weſentlich andere Anſicht vertritt *Mühlenbruch*. (S. 359—367.) Derſelbe will, weil es ſich bei dieſer Frage um die Gültigkeit des letzten Willens handelt, lediglich den Standpunkt des Erblaſſers berückſichtigt wiſſen: war die Bedingung zu der Zeit, wo ſie als Theil des Teſtaments angeordnet wurde, eine poteſtative, ſo kann die Gültigkeit des Letzteren nicht dadurch in Frage geſtellt werden, daß ſie in der Folge unmöglich (oder daß ihre Erfüllung ſchwierig) wird; vielmehr hat ſie nun *als erfüllt* zu gelten. — Dieſer Anſicht ſtehen innere wie äußere Gründe entgegen. Wenn nach Beſtimmung des Rechts die Erbeseinſetzung des Sohnes nur durch Thatſachen bedingt werden darf, deren Verwirklichung von deſſen Willen abhängt, ſo iſt dabei neben dem Moment des Zuſtandekommens des Teſtaments die Zeit in's Auge gefaßt, wo dieſer Wille ſich in Bewegung ſetzen ſoll. Und wenn die Vernachläſſigung der geſetzlichen Vorſchrift Nichtigkeit begründen ſoll, ſo hat für den Eintritt dieſer Folge der zweite Zeitpunkt keine geringere Bedeutung, als der erſte. Das beſtätigen die Quellen. In l. 4 pr. D. de hered. inst. 28. 5 macht Ulpian die Gültigkeit der bedingten Einſetzung eines Hausſohns davon abhängig, daß die Bedingung eine poteſtative ſei; ſodann zeigt er im § 1 durch Beiſpiele, wann eine Bedingung dieſem Erforderniß genügt. Danach iſt die Bedingung „si Alexandriam pervenerit“ nicht in die Willkür geſtellt, wenn der Winter die Reiſe erſchwert, wohl iſt ſie poteſtativ, wenn der Berufene ſich in der Nähe der Stadt aufhält; die Bedingung „si X Titio dederit“ hängt nicht vom Willen ab, wenn Titius ſich auf einer Reiſe in eine entfernte Gegend befindet. Augenſcheinlich iſt beide Male *von der Zeit der Delation* die Rede. Ganz ebenſo iſt Alex. l. 4 C. de instit. vel substit. zu verſtehen[19]).

Ich komme zu den Wirkungen einer *nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung*[20]). Aus dem vorhin Geſagten erhellt,

[19]) Vergl. das über die Stelle auf S. 68 Bemerkte.

[20]) Daß der Sohn von der Erbfolge ausgeſchloſſen wird, wenn er wiſſentlich

daß dieſer Begriff nicht anwendbar iſt, wenn die Unmöglichkeit vor der Delation der teſtamentariſchen Erbfolge eintritt: hier fehlt es an einer gültigen Einſetzung unter potestativer Bedingung. Liegt dagegen eine ſolche vor, ſo beſteht zwar für den Notherben keine Friſt zur Erfüllung in dem Sinne, daß ſchon ſeine Säumniß Deficienz begründete[21]); aber die Bedingung iſt vereitelt und damit der Notherbe ausgeſchloſſen, wenn die Unmöglichkeit eintritt, nachdem demſelben eine den Umſtänden nach genügende Friſt zur Erfüllung offen geſtanden hatte. Dafür darf man ſich ſchon auf l. 6. D. de. her. inst. 28. 5. berufen; nach der Stelle kann der Erblaſſer dem Sohn eine mäßige Friſt zur Erfüllung (im Fall der l. 6. cit. waren es 30 Tage) vorſchreiben: läßt dieſer die Friſt verſtreichen, ſo iſt er damit von der Erbfolge *ausgeſchloſſen*. Darf er ſo durch das Teſtament beſchränkt werden, ſo kann er auch da, wo eine ſolche Beſchränkung nicht angeordnet iſt, keinen Anſpruch darauf haben, daß ihm die Erfüllung *dauernd* möglich bleibe. — Beſtimmter ſprechen für den obigen Satz l. 5. D. de her. inst. 28. 5. l. 28. D. de condic. inst. 28. 7. In beiden Stellen wird bezüglich des Falls, wo der als alleiniger Erbe und ohne Ernennung eines Subſtituten eingeſetzte Sohn ohne Erfüllung der von ſeinem Willen abhängigen Bedingung ſtirbt, ſo unterſchieden. Iſt der Inhalt der Bedingung ſo beſchaffen, daß die Erfüllung im letzten Lebensaugenblick möglich iſt[22]), ſo wird der Sohn mit dem Tode in Folge vereitelter Bedingung von der Erbſchaft ausgeſchloſſen; kann die Bedingung ihrem Inhalt nach in jenem Augenblick nicht mehr erfüllt werden[23]), ſo ergibt ſich, daß eine Erbfolge aus dem Teſtament nicht ſtattfindet, Letzteres alſo deſtituirt wird: darum wird der Sohn noch vor ſeinem Ende ipso jure *geſetzlicher Erbe* des Vaters. Die Entſcheidung des zweiten Falls lehrt beſtimmt, daß das

---

die Bedingung nicht erfüllt, leuchtet ohne Weiteres ein. Vergl. l. 4 pr. cit. l. 20 § 4 D. de bon. libert. 38. 2. *Schmidt* S. 43 Anm. 127.

[21]) l. 91 D. de cond. et dem. 35. 1. Dazu l. 4 pr. § 2. l. 5 D. de her. inst. 28. 5. l. 16 in f. D. de lib. 28. 2. l. 28 D. de condic. instit. 28. 7. l. 1 § 8 D. de suis 38. 16 — Stellen, welche gleichmäßig vorausſetzen, daß der Notherbe bis zum Tode Zeit zur Erfüllung hat. Vergl. auch *Scheurl* S. 158—160.

[22]) Als Beiſpiel wird angegeben: „si Titio dederit“. Hier iſt Erfüllung durch einen Andern möglich. — Eine ähnliche Bedingung wird in l. 1 § 8 D. de suis 38. 16 vorausgeſetzt.

[23]) Beiſpiel der Stellen: „si Alexandriam ierit“. — An eine ſolche Bedingung hat man auch bei l. 16 in f. D. de lib. 28. 2 zu denken.

(bei Lebzeiten des Sohnes erfolgende) Unmöglichwerden der potestativen Bedingung als Ausfallen derselben, nicht aber als Erfüllung behandelt wird; wäre es anders, so müßte der Sohn als Testamentserbe sterben. Nun kann ja das Ableben des Sohnes früher oder später erfolgen; also ist nicht einzusehen, warum eine andre Folge eintreten sollte, wenn die Bedingung aus einem andern Grunde bei Lebzeiten des Sohnes unmöglich wird. Auch hier also hat Ausschließung des Sohnes von der Erbschaft, als Folge der Vereitlung der Bedingung, einzutreten.

Der jetzt ausgeführten Ansicht begegnet in der heutigen Theorie ein Widerspruch. Bei älteren wie neueren Schriftstellern findet sich die Behauptung, falls die Erfüllung der Potestativbedingung durch Zufall gehindert (oder auch nur schwierig) werde, müsse Letztere als erfüllt gelten, der eingesetzte suus trete daher als Testamentserbe ein[24]). Man beruft sich dafür auf l. 3. l. 11. D. de condic. inst. 28. 7. l. 8 § 7 D. eod. Diese Stellen bestätigen die Ansicht nicht. Nach l. 3 cit. wird die Bedingung „wenn der eingesetzte Erbe einem Dritten 10 zahle", — nach l. 11 cit. die Bedingung „wenn der Eingesetzte den Titius adoptire", für erfüllt angenommen, wenn der Dritte, dessen Mitwirkung zur Erfüllung erforderlich ist, diese Mitwirkung versagt. Das sind Anwendungen einer vielfach in den Quellen bezeugten Regel[25]), sie beweisen den für das Notherbenrecht behaupteten, weit gefaßten Satz überall nicht. Die l. 8 § 7 cit. (zweiter Theil) setzt eine Einsetzung in der Fassung voraus: Titius heres esto ita, ut Stichum manumittat; ist die Erfüllung unmöglich, weil der Sclav gestorben ist, so soll der Eingesetzte dennoch zur Erbschaft zugelassen werden. Ulpian's Begründung lautet:

„implenda est enim voluntas, si potest."

Hier wird man es nach dem heutigen Stande der Wissenschaft kaum noch als bestritten behandeln dürfen, daß der Jurist die Verfügung nicht als eine bedingte behandelt: nach der herrschenden Lehre

---

[24]) Vergl. Mühlenbruch S. 356 (wo frühere Vertreter der Ansicht genannt sind). Bangerow II § 469 Anm. unter A. 1 a. E.

[25]) Vergl. Windscheid I § 92 Anm. 6 z. A. Scheurl S. 160—163. S. 167—170; dazu S. 174—180. — Bangerow selbst benutzt die l. 3. l. 11 citt. an einem andern Orte (II § 435 Anm. 2 unter 1) als Beweise für die im Text angedeutete richtige Regel.

ſpricht Ulpian von einem Modus[26]), nach Scheurl (S. 177 f.) von einem durch den Erblaſſer geäußerten Wunſche (voluntas). Jedenfalls entzieht ſich der oben erwähnten, auf das Notherbenrecht bezüglichen Meinung auch dieſe Stütze; ihr fehlt demnach jede quellenmäßige Begründung.

B. Beim Poſtumus beſteht — ohne alle Unterſcheidung — ein von den Grundſätzen unter A. abweichendes Recht nur für die Zeit vor ſeinem Erſcheinen. In dieſer Zeit übt derſelbe auf die Gültigkeit des Teſtaments, wie es auch lauten mag, keinen Einfluß aus. Iſt er als Erbe gerufen, ſo erträgt die Einſetzung jede Bedingung; nur muß dieſe erfüllt ſein, bevor er zur Welt kommt[27]). Denn von jetzt ab nimmt er Theil an dem für den Hausſohn geltenden Recht. Sollte daher ſeine Einſetzung jetzt noch an eine ſchwebende caſuelle Bedingung gebunden ſein, ſo wird das Teſtament vernichtet[28]).

C. Die Accrescenzerben (Töchter, Enkel) ſollen nach den Quellen unter jeder Bedingung gültig eingeſetzt werden können[29]). So klar die Beſtimmung ſcheint, ſo iſt doch ihr Sinn beſtritten. Die eine Meinung zieht lediglich die Conſequenz aus dem Begriff der bedingten Einſetzung. Da dieſe den ernannten Erben nur auf den Fall ruft, daß die Bedingung erfüllt wird, ſo betrachtet man jene Notherben bei ausfallender, wenngleich caſueller Bedingung als völlig von der Erbſchaft ausgeſchloſſen[30]). Abweichend hiervon legen Andere den erwähnten Aeußerungen der Quellen nur den Sinn bei: im Fall der Einſetzung des Accrescenzerben unter einer nicht von ſeiner Willkür abhängigen Bedingung bleibe das Teſtament beſtehen, wie es ja auch bei völliger Präterition nicht nichtig werde. Doch ſoll auf dieſem Wege nur eine einſtweilige Ungewißheit darüber begründet werden, ob das Accrescenzrecht zur Geltung kommt: denn beim Eintreten der Bedingung ſoll ein ſolcher Erbe auf Grund des Teſtaments erben, bei deren Ausfall ſoll er vermöge des Accres-

---

[26]) Vergl. Savigny, Syſt. III S. 235 Anm. i; ſo ferner Vangerow ſelbſt II § 435 Anm. 2 unter 2. d.

[27]) l. 22 D. de lib. 28. 2.

[28]) l. 24 D. eod. — Eine Abweichung für den durch Nachrücken eintretenden Quaſipoſtumus in l. 6 § 1 D. de her. inst. 28. 5. (Vergl. § 3 Anm. 8.)

[29]) Ulp. l. 4. l. 6 § 1 D. de hered. inst. 28. 5: — sub omni condicione institui possunt —. l. 1 § 8 D. de suis 38. 16.

[30]) Förſter § 26 (S. 82 f.). Mühlenbruch S. 387. Schmidt S. 44 f.

cenzrechts an der Erbfolge Theil nehmen[31]). Consequent fügt Scheurl hinzu, auch dann mache sich das Accrescenzrecht geltend, wenn im letzten Lebensaugenblick des Notherben eine Entscheidung über den Eintritt der Bedingung noch nicht bestehe.

Die zweite Ansicht scheitert, wie Schmidt mit Recht annimmt, an l. 1 § 8 D. de suis 38. 16[32]). Ulpian bemerkt: sei ein Enkel als einziger Erbe unter irgendwelcher Bedingung eingesetzt und sterbe er während schwebender Bedingung, so beerben seine Kinder den Urgroßvater als sui heredes. Scheurl bestreitet, daß darin ein Beweis gegen seine Ansicht liege, er weist darauf hin, daß mit dem Tode des eingesetzten Erben das Testament destitut werde. Aber wie kann es zu einem solchen Erfolge kommen, wenn wirklich das Accrescenzrecht Platz greift? Die Sätze, die uns bezüglich des Letzteren überliefert sind, bieten freilich keine unmittelbare Entscheidung für den vorliegenden Fall, wo ein Notherbe als Alleinerbe eingesetzt ist; nichtsdestoweniger läßt sich nicht darüber zweifeln, welche Behandlung ein solcher Fall in deren Geiste zu erfahren hat. Das Accrescenzrecht läßt das Testament in Geltung, aber der Notherbe schiebt sich ungeachtet desselben in die Erbfolge ein. Ist nun im Testament Niemand außer dem unter casueller Bedingung eingesetzten Accrescenzerben gerufen, so müßte dieser nach Scheurl's Auffassung im letzten Lebensaugenblick gegen den letzten Willen — genauer gegen die bedingte Berufung — die Erbschaft allein hinnehmen; alle etwaigen Nebenverfügungen des Testaments aber wären aufrecht zu halten. Mit diesen Grundsätzen ist jedoch die Entscheidung in l. 1 § 8 cit. völlig unverträglich; sie schließt den Accrescenzerben von der Erbschaft aus und weist das Vermögen seinen Kindern als den gesetzlichen Erben zu. Demnach hat Ulpian eine Notherbfolge der Accrescenzerben entgegen der vom Erblasser vorgeschriebenen casuellen Bedingung nicht gekannt.

II. Bei rechtlich oder sittlich unerlaubten Bedingungen — und mit diesen stellt nicht ohne Grund die heutige Theorie die thatsächlich oder rechtlich unmöglichen Bedingungen auf eine Linie —

---

[31]) Francke S. 47 f. Arndts II S. 563. Scheurl S. 314. 319. Wie übrigens Scheurl mit seiner Auffassung die S. 320 a. E. ausgesprochenen Sätze vereinigt, ist mir nicht klar geworden.

[32]) Zustimmend Leist, Forts. III S. 88 bei Anm. 5.

begegnet uns in den Quellen der Ausſpruch Papinian's in l. 15 D. de condic. instit. 28. 7:

> Filius, qui fuit in potestate, *sub condicione* scriptus heres, *quam senatus aut princeps improbant*, testamentum infirmet (infirmat? Momms.) patris, ac si condicio non esset in ejus potestate: nam quae facta laedunt pietatem existimationem verecundiam nostram et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, *nec facere nos posse credendum est.*

Nicht ſo leicht, wie zur Anerkennung der angedeuteten objectiven Erweiterung von Papinian's Regel, entſchließen wir uns zur Anwendung des danach für den Hausſohn geltenden Rechts auf alle Notherben. Zwar beim Poſtumus liegt im Weſentlichen gleiches Recht vor, wie beim lebenden Sohn; beſteht auch ein Unterſchied in Anſehung des Anfangspunkts von deſſen Geltung, ſo iſt dieſer doch für unſre Frage bedeutungslos. Daher iſt l. 15 cit. ohne Anſtand auf ihn anzuwenden. Anders bei den Töchtern und Enkeln. Ihre völlige Uebergehung bewirkt keine Nichtigkeit des Teſtaments, und die Einſetzung unter unmöglicher Bedingung[33]) ſollte dieſe Folge haben? Gewiß nicht; man hat zu ſagen, daß das Accrescenzrecht ſich geltend macht, als wäre der Notherbe präterirt.

Unverkennbar iſt der Grundſatz der l. 15 cit. vom Standpunkt der herrſchenden Lehre über die der unmöglichen und unerlaubten Bedingung im Erbrecht zu Theil werdende Behandlung ein auffallender. Man findet in den Quellen die Regel ausgeſprochen, daß ſolche Bedingungen bei letztwilligen Verfügungen als nicht beigefügt gelten, warum ſoll entgegen dieſem Grundſatz die Einſetzung eines Notherben durch eine ſolche Bedingung ungültig, damit das Teſtament vernichtet werden? Die Art, wie neuerdings Scheurl (S. 322 — 324) dieſen Anſtoß zu beſeitigen verſucht hat, nimmt mit Recht unſer Intereſſe in Anſpruch. Bisherige Bearbeitungen des Notherbenrechts haben ſich mehrfach zur Erklärung des beſonderen Einfluſſes, welchen die unmöglichen wie unerlaubten Bedingungen im Notherbenrecht ausüben, die Bemerkung genügen laſſen, daß ein letzter Wille, dem eine ſolche Bedingung beigefügt wird, keine Begünſtigung verdient[34]). Dieſe

[33]) Soweit nicht der Inhalt unſrer Ausführungen zu einer Unterſcheidung im Ausdruck auffordert, werden im Folgenden die ſämmtlichen im Eingang von II erwähnten Arten von Bedingungen als „unmögliche" bezeichnet werden.

[34]) Francke S. 55. Schmidt S. 41.

Auffaſſung wird ſogar unterſtützt durch die l. 15 cit.: Papinian hat ja eine unerlaubte Bedingung vor Augen (condicio —, quam senatus aut princeps improbant), grade bei dieſer aber iſt es erklärlich, wenn das Recht ſich nicht dazu verſteht, das Teſtament zu begünſtigen. Dennoch widerſpricht Scheurl jener Auffaſſung. Er will nicht zugeben, daß man den letzten Willen (im Ganzen) begünſtigt haben würde, wenn man unter Anwendung der obigen allgemeinen Regel des Erbrechts die unmögliche oder unſittliche Bedingung für nicht beigefügt erachtet hätte: auch darin hätte ja die Nichtachtung eines weſentlichen Beſtandtheils des erklärten letzten Willens gelegen. Vielmehr würde man nur die Erbeseinſetzung begünſtigt haben, und zwar auf Koſten des letzten Willens, der dieſe Einſetzung ohne Erfüllung der Bedingung nicht gelten laſſen wollte.

Das iſt gewiß zu ſpitz. Papinian läßt um der Bedingung willen das ganze Teſtament fallen; bei Anwendung der Regel des Erbrechts über die unmöglichen Bedingungen würde man dem letzten Willen zur Hülfe gekommen ſein, indem man ihm nur das Aufgeben der Bedingung angeſonnen hätte.

Hören wir jedoch Scheurls Erklärung der l. 15 cit. Gleich der beſprochenen Auffaſſung anderer Schriftſteller knüpft dieſelbe an den Inhalt der Stelle an, nur auf einem andern Punkte. Papinian ſagt, der Hausſohn vernichte das Teſtament, *ac si condicio non esset in ejus potestate:* eben das iſt für Scheurl der Ausgangspunkt. Die unmögliche Bedingung iſt eine nicht potestative, und anders wie die unmögliche Bedingung darf das Recht auch die wenngleich rechtlich mögliche, ſo doch unerlaubte Bedingung nicht beurtheilen. Nun erträgt die Einſetzung des Notherben nur die von deſſen Willen abhängige Bedingung: daher vermag die Einſetzung unter unmöglicher oder unerlaubter Bedingung die Notherbfolge nicht abzuwenden.

Auf den erſten Blick ſcheint mit dieſer Wendung ein einfaches Prinzip gewonnen zu ſein, aus dem ſich die Entſcheidung der l. 15 cit. ohne Weiteres ergibt. Dennoch nehmen wir Anſtand, Scheurl auf dieſem Wege zu folgen. Es wäre methodiſch nicht zu rechtfertigen, wenn die Römer auf die Einſetzung eines Notherben unter unmöglicher Bedingung, wie das nach Scheurls Anſicht Papinian gethan haben ſoll, ohne Weiteres den Satz angewandt hätten, daß jene Einſetzung nur eine vom Willen abhängige Bedingung zuläßt. Bevor man von dieſem concreten Prinzip des Notherbenrechts

Gebrauch machte, mußte gefragt werden, welche Regel das römiſche Erbrecht für die Beurtheilung der unmöglichen Bedingung ausgebildet hat. Auf dieſem Wege würde man zur Beſeitigung der Bedingung gelangt ſein, und ſo wäre die in l. 15 cit. behandelte Einſetzung des Hausſohns als eine tadelloſe an das Notherbenrecht herangetreten. Wenn nun trotzdem die l. 15 cit. die entgegengeſetzte Entſcheidung vorträgt, ſo muß gefragt werden, ob nicht für dieſe ein beſonderer Grund angegeben werden kann, den die kurze Sentenz des Juriſten eher errathen läßt, als ausſpricht. Eben darauf zielt die Bemerkung Neuerer ab, die Einſetzung des Notherben unter unmöglicher oder unerlaubter Bedingung ſei nicht werth, vom Recht begünſtigt zu werden. So wird es, wie uns ſcheint, genugſam erklärt, daß man dem Fall der l. 15 cit. eine ſinguläre Behandlung hat zu Theil werden laſſen.

Freilich hat Scheurl's Angriff auf dieſe Auffaſſung einen tieferen Grund. Derſelbe macht der Regel, wonach unmögliche und unſittliche Bedingungen im Teſtament geſtrichen werden, die ihr von der neueren Wiſſenſchaft beigelegte unbedingte Geltung ſtreitig; ſie ſoll nur Aushülfe zu leiſten haben, wo nicht ſchon die natürliche Willensauslegung unter Anwendung höher ſtehender, allgemeiner Rechtsgrundſätze ein befriedigendes Ergebniß liefert. Grade an einem ſolchen Princip und dem entſprechenden Ergebniß ſoll es in unſerm Fall nicht fehlen, es ſoll eben bei der Einſetzung von sui heredes unter unmöglicher oder unſittlicher Bedingung genügen, daß man die Bedingung als nicht vom Willen des Eingeſetzten abhängig behandelt.

Auch darin iſt jedoch zu widerſprechen. Wenige Sätze werden in den Quellen ſo deutlich in der Geſtalt allgemeiner Regeln ausgeſprochen, wie die Beſtimmung über die Behandlung unmöglicher und unerlaubter Bedingungen letztwilliger Verfügungen[35]). Dieſer Haltung der Quellen gegenüber wird man den Bemerkungen, mit welchen

[35]) Von den bezüglichen, namentlich bei unmöglichen Bedingungen in nicht geringer Zahl vorliegenden Ausſprüchen mögen hier zwei Platz finden: Ulp. l. 3 D. de cond. et. dem. 35. 1: Obtinuit impossibiles condiciones testamento adscriptas pro nullis habendas. Marcian. l. 14 D. de condic. instit. 28. 7: Condiciones contra edicta imperatorum aut contra leges aut quae legis vicem obtinent scriptae vel quae contra bonos mores vel derisoriae sunt aut hujusmodi quas praetores improbaverunt pro non scriptis habentur et perinde, ac si condicio hereditati vel legato adjecta non esset, capitur hereditas legatumve. Vergl. dann noch a. wegen der unmöglichen Bedingung die Stellen bei Sa-

Scheurl seine Ansicht ausgeführt hat (S. 270—279), nicht nachgeben dürfen.

Wir wiederholen danach, daß der Ausspruch der l. 15 cit. eine auf die oben angegebene Weise zu erklärende Singularität bildet. Denn wenn auch an sich vielmehr die Regel, welche die unmögliche Bedingung bei letztwilligen Anordnungen gestrichen wissen will, eine Anomalie darstellt, so ist doch diese im Erbrecht zum herrschenden Prinzip erhoben, und darum muß ein Verlassen derselben im einzelnen Fall so lange singulär erscheinen, als sich nicht dabei das Einwirken eines höheren, jene Regel durchkreuzenden Rechtsgedankens erkennen läßt. Ein solcher Grund von allgemeinerer Bedeutung liegt, soviel ich sehe, bei l. 15 cit. nicht vor.

Wurde der Einsetzung des Notherben unter unmöglicher oder unerlaubter Bedingung für den entgegengesetzten Fall eine Enterbung hinzugefügt, so bietet sich folgende, auf den ersten Blick einleuchtende Argumentation dar. Ist auch die Einsetzung nach l. 15 cit. nichtig, so will doch die Enterbung für sich allein in Betracht gezogen sein; da nun die an diese geknüpfte Bedingung des Nichtthuns des Unmöglichen in Wahrheit nothwendige Bedingung ist, so ist eine unbedingte, damit gültige Enterbung vorhanden[36]). Wenn Letztere in solcher Weise gesondert von der durch den Willen des Erblassers mit ihr in Verbindung gesetzten Erbeseinsetzung nach ihrer Geltung befragt wird, so erscheint dieses Verfahren im formellen Notherbenrecht gerechtfertigt. Die Enterbung stellt sich auf diesem Gebiet als eine selbständige, in dieser Bedeutung durch die alternative Vorschrift des Notherbenrechts anerkannte Verfügung dar. Diese selbständige Bedeutung verliert sie im einzelnen Fall durch die Verknüpfung mit der Einsetzung nicht.

Indessen ist gegen die Aufrechthaltung der an die ungültige Einsetzung angehängten Enterbung schon von Francke[37]) Widerspruch erhoben. Von der Erwägung aus, daß die Enterbung in dieser Gestalt nur die unerlaubte Einsetzungsbedingung auf-

---

vigny, Syst. III S. 162 Anm. l. und m.; b. wegen der unerlaubten Paul. III. 4b. § 2. l. 9. l. 27 pr. D. de condic. inst. 28. 7. l. 5 C. de instit. vel substit. 6. 25. l. un. in f. C. de his quae poenae 6. 41.

[36]) So Schmidt S. 41 Anm. 120. Im Ergebniß übereinstimmend Vangerow II § 469 Anm. unter A. 2.

[37]) A. a. O. S. 55.

recht zu halten bezweckt, ſpricht Francke bei Wegfall der Einſetzung der ganzen Verfügung die Geltung ab. Dieſe Anſicht iſt begründet bei Beſchränkung auf die wenigſtens dem Ausdruck nach von Francke allein behandelte unerlaubte Bedingung; in dieſer Anwendung wird ſie bei Scheurl (S. 234) ſchärfer ſo ausgeſprochen: „Das Recht kann einer Enterbung, welche nur durch pflichtwidriges Handeln vermieden werden ſoll, nicht mehr Geltung zuerkennen, als einer Einſetzung, wodurch der Teſtator die Erbfolge unter der Bedingung einer ſolchen Handlungsweiſe anbietet.“ In der That hat ſich hier der Fehler, der die Einſetzung zu einer ungültigen machte, der Enterbung mitgetheilt.

Scheurl geht weiter, er behauptet die Ungültigkeit der Enterbung des Notherben auch da, wo dieſe mit der Einſetzung unter unmöglicher Bedingung verbunden iſt. Dabei iſt er gewiß im Unrecht. Seine Beweisführung bezieht ſich von vorn herein nur auf die als poteſtative gedachte Bedingung: als Beiſpiel wählt er das Geben einer Geldſumme an eine Perſon, welche bereits verſtorben iſt. Hier ſoll auch die Enterbung auf die Bedingung geſtellt ſein: „wenn der Notherbe die Summe nicht geben will“. Allein mit dieſer Wendung iſt ſelbſt bei dem vorausgeſetzten concreten Falle nichts gewonnen. Denn der Wille, einem Verſtorbenen einen Vermögenswerth zu geben, würde auf etwas rechtlich Unmögliches gehen, das ihm gegenüberſtehende Nichtwollen daher etwas Nothwendiges ſein. — Abgeſehen von dieſem Fall aber liegt ein Verſuch der Widerlegung der oben entwickelten Argumentation überhaupt nicht vor.

§ 11.

3. Von der Enterbung im Allgemeinen.

Bezüglich der zweiten in der Regel des formellen Notherbenrechts enthaltenen Alternative, der Enterbung, hat das römiſche Recht eine Reihe von Sätzen ausgebildet, die dem Inſtitut ein ſinguläres Ausſehen verleihen. Indeſſen erſcheinen jene Sätze an ſich als Conſequenzen aus dem Weſen der Enterbung; regelwidrig iſt nur die Art ihrer Verwendung. — Der auf die Enterbung bezügliche Stoff wird von uns ſo eingetheilt, daß zunächſt von ihrer Form und den Erforderniſſen des in ihr erklärten Willens gehandelt wird (§ 11), an zweiter Stelle von einer Anzahl Rechtsregeln, wonach eine Enterbung, der vom Erlaſſer beſtimmte Beſchränkungen beigefügt werden, fehlerhaft erſcheint (§ 12); zum Schluß iſt das Verhält-

niß der Enterbung zu einer im Teſtament vorliegenden Mehrheit von Graden zu erörtern (§ 13).

In neuerer Zeit iſt mehrfach die Anſicht ausgeſprochen, daß die römiſche Jurisprudenz die Enterbung mit beſonderer Ungunſt behandle[1]). Davon iſt ſchon hier in Kürze zu reden. Jene Anſicht ſucht zunächſt eine Stütze an l. 19 D. de lib. 28. 2. Bei der caſuiſtiſchen Erörterung des Satzes, daß nur die Enterbung gültig iſt, welche den Notherben im ganzen Umfange des Vermögens ausſchließt, beruft ſich Paulus auf das Urtheil des Scävola; Letzterer hatte unter Anderm eine auf ein einzelnes Vermögensſtück beſchränkte Enterbung für ungültig erklärt und dabei den Gegenſatz einer in entſprechender Weiſe gefaßten Einſetzung mit folgenden Worten betont:

— aliamque causam esse institutionis, *quae benigne acciperetur: exheredationes autem non essent adjuvandae.*

In dieſen Worten meint man die der Enterbung widerfahrende Zurückſetzung deutlich bezeugt zu finden; doch damit wird ſchwerlich die Auffaſſung von Scävola und Paulus getroffen. Der Inhalt einer letztwilligen Verfügung hat ſich in der Regel einer ausnahmsweiſe begünſtigenden Auslegung zu erfreuen: davon ſpricht Marcellus in der ſelbſt dem Wortlaut nach mit dem obigen Schluß der l. 19 cit. verwandten l. 24 D. de reb. dub. 34. 5[2]):

Cum in testamento ambigue aut etiam perperam scriptum est, *benigne interpretari* et secundum (benigne interpretandum et Momms.) id, quod credibile est cogitatum, credendum est.

Demnach will die l. 19 cit. nur ſagen, daß der Enterbung dieſe begünſtigende Behandlung nicht zu Theil wird: davon iſt doch ein poſitiv ungünſtiges Verhalten des Rechts gegen dieſelbe verſchieden.

Indeſſen iſt ſelbſt Letzteres vorhanden; nur muß man im Auge behalten, worin daſſelbe erkennbar iſt. Es tritt nicht hervor in den für die Enterbung entwickelten Rechtsſätzen, namentlich nicht in den dem § 12 zugewieſenen Regeln über unſtatthafte Beſchränkungen des Enterbungswillens: das Gebiet, auf dem es erkennbar wird, iſt

---

[1]) Vergl. Francke S. 59. Köppen, Syſt. I S. 99—103. Kuntze, Curſus § 835. Schmidt S. 20.

[2]) Vergl. noch l. 12 D. de R. J. 50. 17. l. 12 § 2 in f. D. de usu 7. 8. Arndts § 75 bei Anm. 0. Windſcheid I § 84 bei Anm. 7.

die Handhabung dieſer Regeln bei der Beurtheilung der in den Quellen enthaltenen Thatbeſtände.

Einige Worte noch über den Grund dieſer Erſcheinung. Derſelbe wird mit Recht von den Vertretern der oben bezeichneten Anſicht in dem Bedürfniß gefunden, den Notherben möglichſt gegen willkürliche Ausſchließung durch den Erblaſſer zu ſchützen; ein ſolches Bedürfniß aber konnte nur fühlbar werden in Folge der Geſtalt, welche die Exheredation in der claſſiſchen Zeit hatte, und die ſie bis zur Nov. 115 bewahrt hat. Die Enterbung jener Zeit war nicht blos eine formelle Willenserklärung, ſondern auch eine formale. Der Erblaſſer war nicht gehalten, meiſt wohl auch nicht geneigt, ſich im Teſtament über die Beweggründe der verfügten Ausſchließung zu äußern[3]), und doch war Letztere als die Entfernung eines nächſten Angehörigen vom Nachlaß nur gerechtfertigt, wenn ihr ſehr erhebliche Gründe zur Seite ſtanden. Eben dieſe formale Natur der Willenserklärung mußte zu einer Reaction im Intereſſe der Notherben führen. — Auf dieſe Sätze iſt am Schluß des § 13, nach Darſtellung des in Anſehung der Enterbung geltenden Rechts, zurückzukommen.

Ich betrachte jetzt

I. die Form der Enterbung[4]). Das frühere Recht forderte für die Exheredation, wie für die Erbeseinſetzung, den Gebrauch einer der vom Recht anerkannten feſten Formeln. So das exheres esto, sit, erit, — das te exheredavi[5]). Erſt Juſtinian ſchlug auf dieſem Gebiet in einer der wenigen auf das formelle Notherbenrecht bezüglichen Conſtitutionen, welche vor der Nov. 115 liegen, eine freiere Richtung ein[6]). Nur beim Soldatenteſtament folgte aus dem Satze, daß jeder irgendwie verſtändlich erklärte Wille Geltung habe, die Möglichkeit ſtillſchweigender Enterbung[7]).

Jene formelle Enterbung findet ſich dann noch verſchieden ausgebildet je nach den einzelnen Claſſen der Notherben. Bei dem vom Anfang an vorhandenen Hausſohne forderte das Civilrecht ein

---

[3]) Das hebt Francke S. 59 hervor.

[4]) Francke S. 59—62. Mühlenbruch S. 300—310. S. 391—394. Arndts II S. 657—659. Schmidt S. 46—48.

[5]) § 1 J. de exher. lib. 2. 13 (= Gaj. II. 127). l. 2. l. 3 § 2. 5. l. 17. l. 19 D. de lib. 28. 2. l. 61 D. de her. inst. 28. 5.

[6]) l. 3 C. de lib. praeter. 6. 28. Hiervon im § 31.

[7]) § 6 J. de exher. lib. 2. 13. l. 9. 10 C. de testam. mil. 6. 21.

nominatim exheredare[8]). Daß dieſer Satz ſich erſt zu Cicero's Zeit ausgebildet hat, während bis dahin auch beim Sohn die ſogleich zu erwähnende Form für andere Notherben in Geltung war, iſt ſchon im § 7 unter III geſagt (S. 36 f.). — Bei andern lebenden sui (Töchter, Enkel) genügte noch in der claſſiſchen Zeit die exheredatio inter ceteros[9]). — Bezüglich der Poſtumi ging die in jener Zeit zur Herrſchaft gelangte Anſicht dahin, daß alle Poſtumi männlichen Geſchlechts nominatim enterbt werden müßten, die weiblichen auch inter ceteros mit Zuwendung eines Vermächtniſſes enterbt werden könnten. Eine abweichende Meinung wird in ſehr vorſichtigen Ausdrücken von Ulpian vorgetragen: nach ihr hätte auch beim nachgebornen männlichen Enkel die exheredatio inter ceteros mit Vermächtnißzuwendung ausgereicht[10]).

Zur Ueberſicht iſt aus ſpäter vorzutragenden Lehren hinzuzufügen, daß im Recht der bon. poss. contra tabulas ohne Unterſchied für alle männlichen Notherben, im Recht des Juſtinianiſchen Codex für alle und jede Notherben namentliche Enterbung verlangt wird. — Wenn hiernach das claſſiſche Recht für einzelne Claſſen der Poſtumi ſtrengere Formen vorſchrieb, als bei den entſprechenden Claſſen der lebenden Notherben galten, ſo erklärt ſich dies daraus, daß bei Erſteren die Uebergehung beſonders leicht durch Unbekanntſchaft des Erblaſſers mit ihrem Daſein veranlaßt ſein konnte. Eben darum ſollte die Form der Enterbung den Gedanken eines Irrthums ausſchließen.

Ein namentliches Enterben liegt vor, wenn der ausgeſchloſſene Notherbe als Individuum kenntlich gemacht iſt: je nach Lage des einzelnen Falls kann hier die Angabe des verwandtſchaftlichen Verhältniſſes zum Erblaſſer („filius meus“), der Eltern des Ausgeſchloſſenen, ſeiner Beſchäftigung, eine ſonſtige deutliche Bezeichnung genügen[11]). Poſtumi gelten als namentlich enterbt, wenn ſie nur

---

[8]) Gaj. II. 123. 127. Ulp. 22. 16. pr. J. de exher. lib. 2. 13.

[9]) Ulp. 22. 20. pr. J. de exher. lib. 2. 13. l. 4 § 2 C. de lib. praet. 6. 28.

[10]) Ulp. 22. 20—22. § 1 J. de exher. lib. 2. 13. Theophil. ibid. Vergl. die Ausführung im § 8 unter III a. (S. 57 f.), insbeſondere die dort beigebrachten Nachweiſe über die Exheredationsform bei den Quaſipoſtumi, ſowie das über die oben im Text erwähnte vereinzelte Meinung von Ulpian (fragm. 22. 22) Geſagte.

[11]) § 1 J. de exher. lib. 2. 13. l. 3 pr. D. de lib. 28. 2. Dazu die Erklärungen des „nominatim“ für andere Lehren bei Paul. IV. 14. 1. l. 34 pr. D. de cond. et dem. 35. 1. — Näheres bei Schmidt S. 59 f.

als zu erwartende Nachkommen des Erblaſſers dargeſtellt ſind; bei ihnen ließ man auch eine zuſammenfaſſende Bezeichnung genügen [12]).

Daß das eine Abweichung vom Begriff der namentlichen Enterbung iſt, liegt auf der Hand; indeſſen gründet ſich deren Zulaſſung auf ein unabweisliches Bedürfniß. Nicht die gleiche Entſchuldigung ſteht dem Paulus zur Seite, wenn er in l. 25 pr. D. de lib. 28. 2 die Verfügung „ceteri omnes filii filiaeque meae exheredes sunto“ für eine namentliche Enterbung der lebenden Kinder erklärt [13]). — Die exheredatio inter ceteros wird offenbar durch die der Einſetzung angehängte Formel: „ceteri omnes exheredes sunto“ bewirkt [14]).

Unverkennbar ſteht die Enterbung in engſter Beziehung zur Erbeseinſetzung: ſie will dem Notherben die Theilnahme an der Beerbung, die ihm anders nicht verſagt werden könnte, — dem suus insbeſondere den andernfalls ipso jure eintretenden Erbſchaftserwerb — abſchneiden. Dem entſpricht es, daß ſie gültig nur im Teſtament ausgeſprochen werden kann [15]), und daß ſie mit dem Zuſammenfallen der Erbeseinſetzung unwirkſam wird [16]).

II. Erforderniſſe des Willens [17]). Als Theil des im Teſtament gegebenen einſeitigen Rechtsgeſchäfts muß die Enterbung Erklärung eines Enterbungswillens von gehöriger Beſchaffenheit ſein. Zu beſprechen iſt hier nur der Fall — mit Rückſicht auf einige in den Quellen vorliegende Entſcheidungen —, wo in Folge eines Irrthums des Erblaſſers der Enterbungswille ganz fehlt oder doch fehlerhaft iſt.

A. Fehlender Wille. Wenn der Erblaſſer den Notherben nicht enterben wollte, ſo liegt beim Vorhandenſein einer Willenser-

---

[12]) So „quicunque mihi filius genitus fuerit“, „quicunque mihi nascetur“; § 1 in f. J. de exher. lib. 2. 13. l. 3 § 5 D. de injusto 28. 3. Die Formel „si filius (filiave ins. Momms.) natus natave sit“ ſoll nach Paul. l. 14 D. eod. auch als collective Bezeichnung genügen. (Vergl. dazu die verwandte Entſcheidung über die Einſetzung in l. 13 pr. D. de lib. 28. 2.)

[13]) Die verſchiedenen Anſichten wie die Litteratur zu der Stelle bei Mühlenbruch S. 306—309. Schmidt S. 60 f. Anm. 179.

[14]) Vergl. Schrader in not. ad § 1 J. de exher. lib. 2. 13.

[15]) Gaj. II. 273. § 2 J. de codicill. 2. 25. l. 2 C. de codicill. 6. 36.

[16]) l. 20 pr. D. de bo. poss. co. tab. 37. 4.

[17]) Mühlenbruch S. 303. Schmidt S. 61 f.

klärung, welche sich äußerlich als Enterbung darstellt, eine Form ohne Inhalt vor. In dieser Weise wäre der Rechtsfall bei Cic. de orat. I. 38 zu beurtheilen gewesen, wenn man ihn vom Standpunkt der Lehre vom Irrthum behandelt hätte. Das väterliche Testament enthielt eine exheredatio inter ceteros, die bis dahin auch gegenüber einem Hausſohn gültig gewesen war. Erweislich hatte jedoch beim Vater der Enterbungswille gefehlt, da er den Sohn für todt gehalten hatte; demnach erweckte das „ceteri omnes exheredes sunto“ nur den Schein einer Enterbung, in Wahrheit war der Sohn übergangen. Ob die Centumvirn damals in diesem Sinn geurtheilt haben, ist mindestens zweifelhaft: der Streit hatte sich nach Cicero's Darstellung nur darum gedreht, ob nicht beim Sohn namentliche Enterbung gefordert werden müsse[18]). — Anders Paulus in l. 25 pr. D. de lib. 28. 2: er bringt bei einem dem soeben dargestellten sehr ähnlichen Falle, in welchem er das Erforderniß der namentlichen Enterbung gewahrt findet, völlig correct die Grundsätze vom Irrthum zur Anwendung. — Selbst nicht der Schein einer Enterbung liegt bei irrthümlicher Uebergehung eines Notherben im Soldatentestament vor. Freilich kann bei einem solchen Testament die Uebergehung die Bedeutung einer (stillschweigenden) Enterbung haben[19]), aber dazu bedarf es des Enterbungswillens; fehlte dieser, weil der Soldat vom Dasein des Notherben keine Kenntniß hatte, so ist das Stillschweigen Präterition.

B. Fehlerhafter Wille. Man wird geneigt sein, hieher den in l. 14 § 2 l. 15 D. de lib. 28. 2 behandelten Fall zu ziehen. Der Vater hat den Sohn enterbt, weil er irrthümlich annahm, derselbe sei von einem Dritten im Ehebruch mit der Mutter erzeugt, er hat den Grund im Testament ausgesprochen: hier wird nach jenen Stellen die Enterbung durch den Beweis des Irrthums bei Seite geschoben. Dafür bietet sich auf den ersten Blick folgende Erklärung:

[18]) Cic. l. l. Nempe in ea causa quaesitum est de jure civili, possetne paternorum bonorum exheres esse filius, quem pater testamento neque heredem neque exheredem scripsisset *nominatim*. — Schmidt nimmt auf Grund der Stelle an, zu Cicero's Zeit sei die Form Alles gewesen, selbst gegenüber dem klaren Willen des Erblassers. Indessen ist es doch nicht recht glaublich, daß man noch gegen das Ende der Republik die hier in Frage kommende sehr einfache Rechtswirkung des Irrthums nicht gekannt haben sollte. Möglich bleibt es, daß nur die Beistände des Soldaten den Rechtsstreit von der Seite angefaßt hatten, über die Cicero sich ausläßt; sie kamen ja auch so zum Ziele.

[19]) Vergl. Anm. 17 und den Text dazu.

es liegt Irrthum im Beweggrund vor, und zwar ist dieser, da er sich auf die Kindeseigenschaft des Notherben bezieht, ein Irrthum, ohne den es nicht zur Enterbung gekommen sein würde [20]). So scheinbar die Auffassung ist, so muß ich doch bezweifeln, daß die römischen Juristen so gedacht haben. Ich will die Hauptstelle — Afric. l. 14 § 2 cit. — hieher setzen:

Si quis ita scripserit: „ille, quem scio ex me natum non esse, exheres esto", hanc exheredationem ita nullius momenti esse ait, si probetur ex eo natus: *non enim videri quasi filium exheredatum* esse: (idem esse ins. Momms. [?]) cum elogium pater, cum filium exheredaret, proposuisset et adjecisset propter eam causam exheredare, probaturque patrem circa causam exheredationis errasse.

African's Grund lautet, der Sohn sei nicht als Sohn enterbt, deshalb die Enterbung nichtig [21]). Genauer betrachtet läßt hier in der That der Irrthum den Willen nicht aufkommen, den Enterbten als Sohn auszuschließen; der Vater erklärt, der angebliche Sohn sei nicht sein Kind, und darum kann er nicht mit der Enterbung der rücksichtlich seines Kindes bestehenden Anforderung des formellen Notherbenrechts entsprechen wollen [22]). — Die Unterscheidung hat mindestens für Diejenigen praktische Bedeutung, welche wegen des angedeuteten Irrthums im Beweggrunde nur Anfechtung der Enterbung zulassen. Denn danach würde man dem Ausgeschlossenen nicht wohl mehr zugestehen können, als einen Anspruch auf den Intestaterbtheil, der die Erbfolge aus dem Testament bestehen ließe. Anders die von uns entwickelte Auffassung: hier ist das Testament wegen Präterition des Sohnes nichtig.

---

[20]) In diesem Sinn werden l. 14 § 2. l. 15 citt. bei Windscheid III § 548 Anm. 14 angerufen.

[21]) Derselben Worte „quia non est [quasi ins. Momms.] filius exheredatus" bedient sich bei dem gleichen Thatbestande l. 1 § 9 D. de Carbon. ed. 37. 10, — eine Stelle, die übrigens nicht nach den notherbrechtlichen Folgen, sondern nach der Zulassung der bon. poss. Carboniana fragt. — Daß l. 14 § 2 cit. ernstliche Zweifel an der Kindeseigenschaft voraussetzt, zeigt vor Allem das „*si probetur* ex eo natus".

[22]) Mit Rücksicht auf die Art, wie der Jurist seinen Ausspruch begründet, halte ich die in der Ausgabe von Mommsen vorgeschlagene Ergänzung des Textes durch Einrücken eines „idem esse" für unzulässig; die Entscheidung beschränkt sich auf den Fall, wo der aus dem bezeichneten Enterbungsgrunde erkennbare Irrthum die Kindeseigenschaft betraf.

Nur ſcheinbar iſt dem ſoeben beſprochenen Falle der andere ähnlich, wo der Erblaſſer den Sohn enterbt und ihn wider beſſeres Wiſſen, damit zur Beſchimpfung, als Kind eines Andern bezeichnet. Eine ſolche Enterbung iſt gültig, dem Ausgeſchloſſenen bleibt nur die Querel[23]).

§ 12.

4. Fehlerhafte Beſchränkung der Enterbung.

III. Die Enterbung iſt fehlerhaft, wenn ſie beſchränkt iſt durch zugefügte aufſchiebende Bedingung, — oder beſchränkt rückſichtlich des dem Notherben verſagten Gegenſtandes, ſo daß ſie ſich nicht auf die ganze Erbſchaft erſtreckt, — oder endlich rückſichtlich ihrer zeitlichen Wirkſamkeit, ſei es daß dieſe erſt nach erfolgtem Erbſchaftsantritt der Teſtamentserben oder erſt nach dem Tode des Notherben ihren Anfang nehmen ſoll.

Wir betreten hier das Gebiet, auf welchem die im Eingang des § 11 beſprochene formale Behandlung der in den Quellen dargebotenen Thatbeſtände erkennbar wird. (Vergl. die folgenden Ausführungen B und C.) Dagegen ſind die Sätze ſelbſt, um deren Anwendung es ſich handelt, conſequent aus dem Weſen der Enterbung abgeleitet.

A. Bedingte Enterbung[1]). Allem Anſchein nach hat man hier wie bei mehreren der im Folgenden zu beſprechenden Rechtsſätze Julian als den Führer der Rechtsentwicklung zu betrachten.

Pure autem filium exheredari Julianus putat, qua sententia utimur, lautet Ulpian's Bericht in l. 3 § 1 D. de lib. 28. 2[2]). Die richtige Erklärung des Satzes iſt wiederholt ausgeſprochen: wo nur eine bedingte Enterbung angeordnet iſt, erſcheint der Notherbe für den umgekehrten Fall nicht eingeſetzt ſondern übergangen, der Anforderung des Notherbenrechts iſt alſo nicht genügt. Dieſer Satz bleibt wahr, auch wenn die Enterbung auf eine Poteſtativbedingung, genauer auf

---

[23]) l. 27 § 1 D. de inoff. 5. 2, zu erklären aus l. 3 pr. D. de lib. 28. 2.

[1]) Francke S. 62. Mühlenbruch S. 413—423. Arndts II S. 659 f. Schmidt S. 54—56.

[2]) Noch gehört hieher die unten zu beſprechende l. 18 pr. D. de bo. poss. co. tab. 37. 4. Von Manchen (ſo Mühlenbruch S. 418 ff. Scheurl S. 314—316) wird auch l. 68 in f. D. de hered. inst. 28. 5 aus dem Satze von der bedingten Enterbung erklärt; gewiß aber hat man die Entſcheidung richtiger auf die Unzuläſſigkeit der Enterbung für die Zeit nach erfolgtem Erbſchaftsantritt zu gründen.

den Fall geſtellt iſt, wo der Notherbe eine von ſeiner Willkür abhängige Handlung vornimmt. Denn auch hier beſtände Uebergehung, ſobald die Handlung unmöglich geworden, damit die Bedingung ausgefallen wäre[3]).

In l. 18 pr. D. de bo. poss. co. tab. 37. 4 ſpricht Hermogenian unſre Regel über die bedingte Enterbung für das prätoriſche Notherbenrecht aus, hier aber allgemein für alle liberi. Daraus ergibt ſich, daß dieſelbe auch nach Civilrecht allgemeine Geltung hat: es iſt Zufall, wenn ſie in l. 3 § 1 cit. nur in Anwendung auf den Hausſohn ausgeſprochen wird[4]).

Der Fehler iſt nicht vorhanden, wenn der Notherbe ſich bei Ausfall der Bedingung *eingeſetzt* findet. Zunächſt gibt es hier keinen Fall, für welchen Uebergehung vorläge; ſodann nöthigt zur Anerkennung einer ſolchen Ausnahme der in den Quellen bezeugte andre Satz, daß Einſetzung des Notherben unter caſueller Bedingung mit Enterbung für den entgegengeſetzten Fall ſtatthaft iſt. Kann doch bei einer ſo zuſammengeſetzten letztwilligen Verfügung die Enterbung vor die Einſetzung geſtellt werden; mithin fehlt jedes unterſcheidende Merkmal gegenüber dem obigen Falle, in welchem in erſter Linie bedingte Enterbung gewollt iſt[5]).

B. *Enterbung, welche ſich nicht auf die ganze Erbſchaft erſtreckt*[6]). Die Quellen behandeln zwei Geſtalten derſelben. Einmal kann die Enterbung blos für einen Bruchtheil der Erbſchaft oder, was daſſelbe beſagt, blos gegenüber einem von mehreren Theilerben ausgeſprochen ſein, — ſodann kann ſie ungehörig auf einzelne Stücke

[3]) Die Erklärung des Textes verliert ihre Kraft auch da nicht, wo die in der Poteſtativbedingung bezeichnete Handlung erſt mit dem Tode des unter ſolcher Bedingung Ausgeſchloſſenen unmöglich wird. Hier fehlt es zwar in dem Augenblick, wo es feſtſteht, daß Uebergehung vorliegt, an einer Perſon, welche das Teſtament vernichten könnte. Allein in ſolchen Fällen iſt es bei Lebzeiten des Notherben *nicht zu einer Entſcheidung* darüber gekommen, ob Enterbung oder Uebergehung vorliegt, und das muß die Erſtere fehlerhaft machen. Arg. l. 28 pr. D. de lib. 28. 2.

[4]) Hermogenian's Grund lautet: certo enim judicio liberi a parentium successione removendi sunt. Die richtige Erklärung der Worte gibt *Schmidt* S. 55 Anm. 162: der Erblaſſer hat für den Fall der deficirenden Bedingung Ungewißheit über ſeinen Willen beſtehen laſſen. — Andere Erklärungsverſuche bei Schmidt.

[5]) So *Arndts* II S. 659. *Schmidt* S. 56 bei Anm. 163.

[6]) *Francke* S. 68. *Mühlenbruch* S. 426 f. *Schmidt* S. 51—54.

des Nachlasses oder umgekehrt auf den Nachlaß mit Ausnahme einzelner Stücke gestellt sein. Mit jener ersten Gestaltung — der auf eine Quote der Erbschaft beschränkten Enterbung — berührt sich auf einem Punkte der Fall, wo das Testament eine Mehrheit von Graden aufweist, die Enterbung aber nur für einzelne von diesen angeordnet ist. Davon im § 13 unter I.

Die Aeußerungen der Quellen über die lediglich auf einen Bruchtheil des Vermögens gestellte Enterbung reichen nicht höher hinauf, als bis auf Marcellus [7]). Die Richtigkeit der Verfügung wird bestimmt anerkannt, und sie konnte nicht zweifelhaft sein. Da keine Ausschließung des Notherben vom ganzen Nachlaß vorliegt, so muß es unter allen Umständen zur Notherbfolge kommen: diese aber durfte nicht auf den nicht von der Exheredation gedeckten Vermögenstheil beschränkt bleiben. Anderseits würde man die Grenzen der Willensauslegung überschritten haben, hätte man die nur für den Bruchtheil erklärte Enterbung auf das ganze Vermögen erstrecken wollen.

Der andere Fall, in seinen beiden oben angedeuteten Gestalten, kommt nur in Einer Stelle vor. In der zu Eingang von § 11 besprochenen l. 19 D. de lib. 28. 2 theilt Paulus zwei Entscheidungen des Scävola mit, die er augenscheinlich billigt. Ein Erblasser hatte seine Tochter zur Alleinerbin eingesetzt, den Sohn nur mit einem Vermächtniß von Zehn bedacht, dann hinzugefügt:

„et in cetera parte exheres mihi erit."

Hier konnte es nicht zweifelhaft sein, daß der Erblasser die Ausdehnung der Enterbung auf die vermachte Summe für überflüssig erachtet hatte, weil diese dem Enterbten selbst zugewendet war; dennoch erklärt Scävola die Enterbung für nichtig. Den gleichen Satz spricht er darauf für den Fall aus, wo der Erblasser einen von mehreren Erben auf ein einzelnes Vermögensstück eingesetzt, den Notherben aber nur diesem Erben gegenüber enterbt hatte [8]). Hinzugefügt wird, daß zwar bei der Einsetzung auf ein bestimmtes Vermögensstück die den letzten Willen begünstigende Auslegung eintrete, nicht aber bei der in gleicher Weise beschränkten Enterbung. Daß die erste Entscheidung wissenschaftlich nicht haltbar ist, fällt in die Augen. Anders liegt der zweite Fall: die nur gegenüber einem zu

[7]) Den Fall behandeln l. 3 § 2 D. de lib. 28. 2 (Ulpian). l. 8 § 3 D. de bo. poss. co. tab. 37. 4 (Ulpian, mit Berufung auf Marcellus).

[8]) So mit Recht Schmidt S. 52.

einer beſtimmten Sache gerufenen Erben erklärte Enterbung konnte keine andre Behandlung erfahren, als die vorhin beſprochene Ausſchließung, welche ſich auf einen einzelnen wirklichen Theilerben beſchränkte. Dem widerſpricht nicht, daß die Einſetzung auf eine beſtimmte Sache anders beurtheilt wird: hier hilft die der Einſetzung zur Seite tretende begünſtigende Auslegung.

Schon im § 7 unter IV iſt erwähnt, daß an den Grundſätzen über die Fehlerhaftigkeit einer nicht auf das ganze Vermögen ausgedehnten Enterbung der Gedanke Theil hat, der ipso jure eintretende Erbſchaftserwerb der sui würde ſich trotz des Teſtaments bezüglich des nicht durch jene Enterbung gedeckten Theils des Vermögens geltend machen.

C. Zeitliche Beſchränkung der Enterbung[9]). Eine Enterbung, welche erſt nach vollzogenem Erbſchaftserwerb der Teſtamentserben wirkſam werden ſoll, iſt nichtig. Der älteſte Juriſt, von dem wir das ausgeſprochen finden, iſt Julian[10]). An ſich folgt auch dieſer Satz aus dem Weſen der Enterbung, ſobald man hinzunimmt, wie man geſchichtlich die Regel des Notherbenrechts begründet hat. Ruht dieſes auf dem Gedanken, daß der ipso jure eintretende Erbſchaftserwerb der sui durch ausdrückliche Ausſchließung aus dem Wege zu räumen ſei, ſo war auch zu verlangen, daß derſelbe zur Zeit des Antritts der Teſtamentserben beſeitigt ſein müſſe.

Anderſeits iſt kein Grund erfindlich, um deſſen willen der Erblaſſer die Enterbung erſt von einem noch hinter jenem Erbſchaftsantritt liegenden Zeitpunkt an ſollte wirkſam werden laſſen wollen. Ein ſolcher Wille darf daher nur angenommen werden, wenn er mit voller Deutlichkeit erkennbar gemacht iſt. Dieſer Anforderung dürften die ſich darbietenden Aeußerungen der Quellen nicht entſprechen. Die in l. 68 D. de her. inst. 28. 5 für ungültig erklärte Enterbung lautete: „Titius heres esto: cum heres erit Titius, filius exheres

[9]) Francke S. 62—67. Mühlenbruch S. 423—426. Arndts II S. 660. Schmidt S. 48—51.

[10]) Ulp. l. 3 § 2 D. de lib. 28. 2: — (vitiosa erit exheredatio.) quemadmodum si ita eum exheredaverit: „quisquis heres mihi erit, filius exheres esto“: nam, *ut Julianus scribit*, hujusmodi exheredatio vitiosa est, quoniam post aditam hereditatem voluit eum summotum, quod est inpossibile. Demnächſt Pompon. l. 68 in f. D. de hered. inst. 28. 5. (Wegen der Auslegung des erſten Theils dieſer Stelle vergl. die Bemerkung von Arndts a. a. O. Anm. 54, gegenüber einem Bedenken von Francke.)

esto.“ Damit wird freilich dem äußeren Ausdruck nach voraufgehender Erwerb des eingesetzten Erben verlangt; auch wird nichts geändert, wenn man mit einigen Neueren das „cum heres erit“ aus dem Gesichtspunkt der Bedingung beurtheilt [11]). Allein die Auslegung hat zu fragen, ob der Erblasser ein solches zeitliches Verhältniß betonen wollte, und diese Frage mußte verneint, der Ausdruck mußte entsprechend dem wahren Willen verbessert werden [12]). — Erscheint schon die Entscheidung der l. 68 cit. unbegründet, so gilt dies noch mehr von der andern in l. 3 § 2 D. de lib. 28. 2 (Anm. 10). Durch das „quisquis heres mihi erit, filius exheres mihi esto“ sollte sicher nur betont werden, daß die Enterbung gegenüber einem jeden aus dem Testament succedirenden Erben Platz greifen sollte. Dennoch spricht Ulpian mit Julian von einer ungültigen Enterbung post aditam hereditatem [13]).

Richtig ist ferner die Enterbung, *welche erst nach dem Tode des Enterbten wirksam werden soll*. Auch diese Regel reicht, soweit uns die Quellen Aufschluß geben, nur bis zu Julian hinauf. Von Letzterem besitzen wir in l. 13 § 2 D. de lib. 28. 2 die folgende Aeußerung:

> Testamentum, quod hoc modo scribitur: „Titius post mortem filii mei heres esto: filius exheres esto“, nullius momenti est, quia filius post mortem suam exheredatus est. —

Damit ist nur eine nicht abzuweisende Folge aus dem Wesen der Enterbung ausgesprochen. Da diese die Aussicht auf den Erbschaftserwerb entziehen will, darf sie nicht für eine Zeit verfügt werden, wo der Erwerb nicht allein für den Erben nutzlos, wo er sogar vereitelt sein würde. Auch die Art, wie Julian die Regel im Fall der l. 13 cit. zur Anwendung bringt, ist nicht zu beanstanden.

Weitere Zeugnisse für die Regel bieten Scaev. l. 29 § 10 D. de lib. 28. 2 und Tryphon. l. 28. pr. D. eod. Die l. 29 cit.

---

[11]) Daß bei einer solchen Auffassung die Verfügung auch gegen den unter A besprochenen Satz verstieße, interessirt hier nicht.

[12]) Schon Schmidt S. 51 hat auf die abweichende Auslegung bei der Einsetzung aufmerksam gemacht. Vergl. l. 9 § 14. l. 51 pr. D. de her. inst. 28. 5.

[13]) Freilich *können* die Worte eine Beziehung auf die Zeit nach dem Erbschaftserwerb in sich aufnehmen: so ist es bei der Verwendung der Formel für die Pupillarsubstitution: l. 3. l. 8 § 1. l. 10 pr. l. 31 pr. D. de vulg. 28. 6. Allein diese Beziehung thut die Natur des einzelnen Instituts hinzu, bei welchem die Formel verwendet wird.

bringt im principium die Aquiliſche Formel und erörtert dieſe caſuiſtiſch in den §§ 1—9. Mit Bezug hierauf bemerkt § 10 cit., jedenfalls müſſe dem noch vorhandenen Hausſohn ſelbſt irgend ein Erbtheil ausgeſetzt werden, „nam frustra exheredabitur post mortem suam“ [14]). Gewiß eine unverwerfliche Anwendung des Satzes: der Eingang jener auf die Erbeseinſetzung des Enkels berechneten Formel nimmt auf den Fall Bezug, wenn der Sohn bei Lebzeiten des Erblaſſers ſtirbt (si filius meus vivo me morietur), an dieſe Formel aber wäre die Enterbung anzuknüpfen geweſen. — In l. 28 pr. D. de lib. 28. 2 beſpricht Tryphonin die Einſetzung des Hausſohns unter caſueller Bedingung mit Enterbung für den umgekehrten Fall; er führt aus: ſterbe der Sohn vor entſchiedener Bedingung, ſo werde er in der Todesſtunde (unter Vernichtung des Teſtaments) geſetzlicher Erbe des Vaters,

quia, *dum vivit*, neque ex testamento heres *neque exheredatus* fuit.

Zweifelhaft erſcheint es, ob man mit der Mehrheit der Ausleger eine Spur des Satzes in l. 28 in f. D. de condic. inst. 28. 7. finden darf. Papinian beſpricht die Einſetzung des Hausſohns zum Alleinerben des Vaters unter poteſtativer Bedingung, er ſetzt dann die beiden Fälle, wo ſeine Kinder als Subſtituten gerufen, und wo Subſtituten überall nicht ernannt ſind. Dabei wird weiter unterſchieden: Iſt die Bedingung eine ſolche, die im letzten Lebensaugenblick des Sohnes nicht erfüllt werden kann [15]), ſo kommt das Vermögen in eben dieſem Zeitpunkt im erſten Fall an die ſubſtituirten Kinder, im zweiten kraft Inteſtaterbfolge an den ſterbenden Sohn ſelbſt. Ueber die andere Möglichkeit, wo die Bedingung noch in jenem Augenblick erfüllbar iſt, äußert der Schluß der Stelle:

— altera vero species condicionis vivo filio non admittit nepotes ad hereditatem, qui substituti si non essent, intestato avo heredes existerent: neque enim filius videretur obstitisse, post cujus mortem patris testamentum destituitur, *quemadmodum si exheredato eodem filio nepotes, cum filius moreretur, heredes fuissent instituti.*

Demnach ſollen hier die Kinder erſt nach des Vaters Tode im erſten Fall als Subſtituten, im zweiten als geſetzliche Erben das Vermögen des Großvaters erhalten; ihr Vater ſteht ihnen in dieſem

[14]) Näher iſt von l. 29 § 10 cit. im § 8 S. 46—48 gehandelt.

[15]) Vergl. wegen der Unterſcheidung § 10 S. 71.

zweiten Fall nicht im Wege, weil das Teſtament erſt nach ſeinem Ableben deſtitut iſt. — So weit iſt Alles klar, die Schwierigkeiten liegen in den Schlußworten. Dieſe ſcheinen eine Einſetzung der Kinder des enterbten Sohnes auf die Zeit nach deſſen Tode als gültig zu behandeln, und doch müßte nach unſrer Regel das ganze Teſtament wegen ungehöriger Enterbung nichtig ſein. Man hat dieſem Bedenken in älterer wie neuerer Zeit meiſt ſo zu begegnen geſucht, daß man hinter „quemadmodum“ im Gedanken ein „obstaret“ ergänzt. Papinian ſoll alſo ſagen: bei der Poteſtativbedingung der zweiten Art ſteht der Sohn ſeinen Kindern nicht im Wege, wie er ihnen doch (wegen Nichtigkeit des Teſtaments) im Wege ſteht, wenn ſie auf ſeine Todeszeit zu Erben eingeſetzt ſind, während er ſelbſt enterbt iſt[16]). Bei dieſer Auslegung würden wir in der Stelle eine wohlbegründete Anwendung der uns beſchäftigenden Regel des Exheredationsrechts antreffen. Ungezwungen iſt indeſſen die Auslegung nicht: bei unbefangener Betrachtung von Papinian's Worten bietet ſich gewiß Jedem die Auffaſſung dar, daß zu dem „quemadmodum“ ein „non obstaret“ hinzuzudenken iſt.

Von dieſer Erwägung aus ſchlägt Schmidt (S. 49 Anm. 150) einen neuen Weg ein. Nach ihm geht das „filius cum moreretur“ nicht auf die Zeit nach dem Tode des enterbten Sohnes, ſondern auf den letzten Augenblick ſeines Lebens[17]). So ſagt die Stelle über die zweite oben dargeſtellte Möglichkeit (wo die Poteſtativbedingung erſt nach dem Tode des Sohnes ausfällt): der Vater kann ſeinen Kindern hier, wo ſie erſt nach ſeinem Tode berufen ſind, ſo wenig im Wege ſtehen, wie in dem andern Falle, wo er exheredirt iſt, ſeine Kinder aber auf den letzten Augenblick ſeines Lebens zu Erben eingeſetzt ſind.

So einfach bei dieſer Auslegung Alles ſcheint, ſo trifft dieſelbe doch auf eine erhebliche Schwierigkeit. Sind die Enkel vom Großvater auf den letzten Lebensaugenblick ihres Vaters zu Erben ernannt, ſo erwerben ſie zwar die Erbſchaft ipso jure, aber ſie erwerben dem ſterbenden, wenngleich enterbten Vater[18]). Das iſt genau der gleiche Erfolg, wie wenn der Erwerb zu irgend einer

---

[16]) So Förſter S. 65 f. Francke S. 54 Anm. 19. Mühlenbruch S. 375—377.

[17]) Von den bei Schmidt beigebrachten Parallelſtellen hebe ich hervor Gaj. II. 232. III. 100. l. 107 § 1 D. de legat. I°. (30).

[18]) Vergl. l. 6 § 5 D. de A. v. O. H. 29. 2. l. 13 D. de bon. libert. 38. 2.

andern Zeit im Leben des (enterbten) Vaters erfolgte. Von Schmidt's Standpunkt aus iſt alſo nicht zu begreifen, wozu das „cum filius moreretur“ in dem zur Vergleichung hervorgezogenen Falle dienen ſoll. Ja noch mehr, es iſt nun auch nicht einzuſehen — eben weil die Kinder für den Vater erwerben —, was das „quemadmodum (non obstaret)“ beſagen ſoll. — Ich ſehe nicht, wie dieſe Bedenken beſeitigt werden könnten; demnach ſcheint mir nichts übrig zu bleiben, als die Rückkehr zu der oben beſprochenen üblichen Auslegung, mag dieſe gleich nicht völlig befriedigen [19]).

Der weiter oben beſchriebene Fall der l. 28 pr. D. de lib. 28. 2 — der Sohn iſt unter caſueller Bedingung mit Enterbung auf den umgekehrten Fall eingeſetzt, die Entſcheidung aber bleibt bis zum Tode des Sohnes aus — bildet die äußerſte Grenze, bis zu welcher die römiſche Jurisprudenz die Regel von der Unzuläſſigkeit der Enterbung auf die Zeit nach des Notherben Tode verwerthet hat. Die Regel greift insbeſondere nach den Quellen nicht Platz, wenn der Erbſchaftserwerb des eingeſetzten Erben ſich über den Tod des Sohnes hinaus verzögert, ſei es weil Erſterer ſich erſt ſpäter über die Annahme der Erbſchaft entſcheidet [20]), ſei es weil derſelbe unter aufſchiebender Bedingung gerufen iſt, dieſe aber erſt nach dem Tode des Sohnes eintritt [21]). Und doch wird die Enterbung auch in dieſen Fällen erſt nach dem Ableben des Enterbten wirkſam. — Unter dieſen Umſtänden läßt ſich das Gebiet der Regel nur ſo begrenzen: eine Enterbung, welche erſt nach dem Tode des Notherben in Kraft treten würde, iſt nichtig, wenn der Aufſchub entweder ſich aus dem Inhalt der Enterbungsverfügung ſelbſt ergibt, oder doch die Folge einer der Enterbung beigefügten (an ſich gültigen) Bedingung iſt [22]).

Nachdem das Material vorgeführt iſt, welches in den Quellen bei den Regeln über fehlerhafte Enterbung vorliegt, komme ich mit

---

[19]) Cujaz (in lib. 13 quaest. Papin. h. l. — IV. 345 f.) nennt unſer Fragment eine crux juris studiosorum; er nimmt an, von Papinian's Ausführungen, die ja am Ende des Titels de condic. instit. (28. 7) ſtehen, ſei der Schluß verloren gegangen. Beigeſtimmt hat *Pothier*, pandect. Justin. lib. 28. tit. 2 num. 7. Indeſſen fehlt jeder äußere Anhalt für eine ſolche Annahme.

[20]) Vergl. § 7 J. de her. quae ab int. 3. 1. l. 9 § 2 D. de lib. 28. 2. l. 7 pr. D. si tab. test. null. 38. 6. l. 1 § 8 D. de suis 38. 16.

[21]) l. 6 pr. D. de injusto 28. 3. l. 6 D. de suis 38. 16.

[22]) Vergl. Francke S. 64. Schmidt S. 50 Anm. 51.

einigen Worten auf die im Eingang des § 11 berührte Frage einer der Enterbung prinzipiell ungünstigen Haltung der römischen Jurisprudenz zurück. Die einzelnen unter A., B. und C. betrachteten Regeln lassen, so darf jetzt wiederholt werden, ein solches Verfahren der Römer nicht erkennen, sie erscheinen als richtig gedachte Ausflüsse des Wesens der Enterbung. Dagegen ist in der Handhabung der Regeln jene Ungunst gegen die Enterbung bestimmt wahrzunehmen. Als Beweise haben sich die l. 68 D. de her. inst. 28. 5 von Pomponius, die l. 19 D. de lib. 28. 2 — Scävola und mit ihm Paulus —, endlich die l. 3 § 2 D. de lib. 28. 2 — Julian und übereinstimmend Ulpian — ergeben. Nun begegnen zwar bei einer letzten auf die Enterbung bezüglichen Lehre — der vom Verhältniß der Enterbung zu einer Mehrheit im letzten Willen angeordneter Grade — einzelne Entscheidungen römischer Juristen, welche den Grundsätzen über Auslegung mehr Rechnung tragen; einmal finden wir sogar eine übermäßig laxe Willensauslegung (vergl. § 13): aber das ändert nichts an der Thatsache, welche aus den Untersuchungen des gegenwärtigen § abzuleiten ist. Ueber den Grund der hiernach in der That anzuerkennenden Zurücksetzung, welche die Exheredation erfahren hat, habe ich im § 11 gesprochen (S. 81).

Auch eine andere früher behauptete Thatsache ergibt sich aus den obigen Erörterungen. Keine von den in den Quellen vorliegenden Aeußerungen über jene Exheredationsregeln reicht in der Zeit höher hinauf, als bis zu Julian [23]). Dadurch wird der im § 7 ausgesprochene Satz bestätigt, daß dieses eigenthümliche Exheredationsrecht mit der Entstehung des Hauptgrundsatzes des formellen Notherbenrechts — der Anforderung einer Einsetzung oder Enterbung der Notherben — geschichtlich nicht im Zusammenhang steht. (Vergl. S. 41.)

§ 13.

5. Verhältniß der Enterbung zu einer Mehrheit von Graden *).

I. Sind im Testament Substitutionen angeordnet, so ist vor Allem bei jedem Grade an der Hand der in den §§ 11 und 12 erörterten Grundsätze zu untersuchen, ob er eine gültige Enterbung des Notherben enthält. Zu erinnern ist dabei nur, daß die zunächst

[23]) Der Name Julian's kehrt so häufig in dieser Lehre wieder, daß diesem Juristen ein erheblicher Einfluß auf deren Ausbildung zugeschrieben werden darf.

*) Francke S. 69—72. Mühlenbruch S. 428—433. Arndts II S. 661 f. Vangerow II § 470 Anm. unter II a. E. Schmidt S. 53. 54.

gültig verfügte Enterbung nachträglich fehlerhaft werden kann. Als Beiſpiel bietet ſich eine im § 5 II b. S. 24 erörterte Anwendung der Regel, daß die Enterbung ungenügend iſt, die ſich nicht auf alle in dem betreffenden Grade gerufenen Erben bezieht: ich meine den in l. 19 D. de injusto 28. 3 vorkommenden Fall der Enterbung eines Poſtumus. Letzterer war gültig vom erſten Grade enterbt, während beim zweiten Präterition vorlag. In der Folge fiel einer der Erben des erſten Grades weg, ſein Subſtitut rückte aus dem zweiten Grade nach, und dies führte zu dem Ergebniß, daß die Enterbung beim Erſcheinen des Poſtumus nicht mehr den ganzen erſten Grad deckte. — Die Folgen, welche eintreten, wenn die beim einzelnen Grade angeordnete Enterbung ungültig, in Wahrheit alſo Präterition vorhanden iſt, ſind im § 5 beſprochen.

II. Im einzelnen Falle kann die Frage entſtehen, auf welchen von den vorhandenen mehreren Graden eine im Teſtament ohne ausdrückliche Regelung dieſer Frage angeordnete Enterbung ſich bezieht. Die Quellen gewähren hier für die Feſtſtellung des Willens des Erblaſſers eine Reihe von Anhaltspunkten.

Steht die Enterbung vor allen Graden, ſo wird ſie auf alle bezogen [1]). Dieſer Satz iſt innerlich vollkommen begründet. Zunächſt fehlt es bei einer ſolchen Stellung an jedem Grunde, die Ausſchließung auf einen einzelnen Grad zu beſchränken. Sodann iſt zu erwägen, daß für den Erblaſſer eine beſondere Veranlaſſung beſteht, die allgemein gemeinte Enterbung an die Spitze der Erbeseinſetzungen zu ſtellen. Der ſo ſtark von der Jurisprudenz betonte Satz, daß eine Enterbung nach angetretener Erbſchaft unſtatthaft ſei, mußte in der Praxis dahin führen, daß man auf jenem Wege möglichſt deutlich zu zeigen ſuchte, dem ausgeſchloſſenen suus ſollten die ihm durch das Geſetz eröffneten Ausſichten gleich an der Schwelle der Erbfolge abgeſchnitten ſein.

Vom umgekehrten Fall, wo die Enterbung hinter die ſämmtlichen angeordneten Grade geſtellt iſt, handeln Sever. & Anton. l. 1 C. de lib. praet. 6. 28. Der Inhalt des Reſcripts iſt hier kurz anzugeben. Vorweg wird bemerkt, allen Anforderungen des Rechts ſei genügt, wenn die Enterbung durch ausdrückliche Erklärung des Erblaſſers auf alle Grade bezogen ſei. Fehlt es aber auch an einer

[1]) l. 3 § 3 D. de lib. 28. 2.

ſolchen Aeußerung, ſo hat doch das Gleiche zu gelten, wenn der entſprechende Wille ſonſt erkennbar iſt. Hat daher der teſtirende Vater unter Einſetzung und gegenſeitiger Subſtitution der Söhne eine Tochter enterbt [2]), ſo iſt anzunehmen, daß das für beide Grade geſchehen ſei. Die dies begründenden Endworte des Geſetzes lauten:

Nam cum *iidem* heredes instituti sunt, nulla ratio reddi potest, quare videatur in posteriore tantum casu exheredare voluisse.

Hierbei iſt mit Entſchiedenheit ſoviel feſtzuhalten: wie das Reſcript beſtimmt nur von einer hinter allen Graden angeordneten Enterbung redet, ſo faßt es nur die Frage in's Auge, wann eine ſolche Enterbung auf alle Einſetzungen zu beziehen iſt. Eben mit Bezug auf dieſe Frage wird mit der ausdrücklichen Vorſchrift des Erblaſſers der auf andere Weiſe erſichtliche Wille deſſelben auf gleiche Linie geſtellt. Und als Zeugniß für eine ſolche ſtillſchweigende Anordnung wird im Schlußſatz bezeichnet, daß dieſelben Perſonen im erſten und im folgenden Grade gerufen ſind. Dieſer letzte Ausſpruch, welcher deutlich an den dem Kaiſer vorgelegten Thatbeſtand anknüpft, ſtellt ſich einer nah verwandten Entſcheidung Scävola's in l. 19 § 1 vergl. mit pr. D. de injusto 28. 3 an die Seite. Dort wird für den Fall der Einſetzung und gegenſeitigen Subſtitution der nämlichen Perſonen die nur bei der Einſetzung verfügte Enterbung auch auf die Subſtitution bezogen: hier im Reſcript gewährt man einer allen Graden nachgeſchriebenen Enterbung die gleiche Ausdehnung.

Ich habe über den ganzen Inhalt der l. 1 C. cit. Bericht erſtattet, weil die heutzutage herrſchende Anſicht mehr in die Stelle hineinträgt, als ſie enthält. Zwar wenn man in ihr den Grundſatz ausgeſprochen findet, daß die Abſicht des Erblaſſers über die Ausdehnung der einer Mehrheit von Graden gegenübergeſtellten Enterbung entſcheidet, ſo wird ſich dieſer Satz wenigſtens mittelbar aus dem Reſcript gewinnen laſſen. Haben auch die Kaiſer beſtimmt nicht den Willen gehabt, einen allgemeinen Grundſatz dieſes Inhalts auszuſprechen, ſo räumen ſie doch für die Beurtheilung der von ihnen in's Auge gefaßten Frage der ſtillſchweigenden Willenserklärung die gleichen Rechte ein, wie der ausdrücklichen, und dies darf in der angegebenen Weiſe verallgemeinert werden. Dagegen gelangt man zu einer unrichtigen Lehre,

[2]) Selbſtredend auch hier durch Erklärung hinter allen Graden.

wenn man aus l. 1 C. cit. den Satz ableitet, daß die Enterbung im Zweifel als allgemein gemeint anzusehen ist[3]).

Die meisten Schriftsteller lassen dabei unberücksichtigt, daß nach dem entscheidenden Schlußsatz des Rescripts die gegenseitige Substitution der im ersten Grade eingesetzten Erben Voraussetzung der concreten Entscheidung ist. Mühlenbruch[4]) trägt zwar an der Spitze seiner Ausführungen die richtige Auslegung der l. 1 C. cit. vor, aber doch schließt er sich der vorhin (bei Anm. 3) erwähnten Ansicht an.

Wir unserseits vermögen im Geiste der l. 1 C. cit. nur soviel zuzugeben, daß im einzelnen Falle, soweit nicht die Quellen eine spezielle Entscheidung darbieten, der Wille des Erblassers in Ansehung der Ausdehnung der Enterbung zu ermitteln ist. Was aber insbesondere die hinter allen Einsetzungen stehende Enterbung betrifft (l. 1 C. cit.), so ist diese nur auf den letzten Grad zu beziehen, wenn nicht vom Erblasser ausdrücklich oder stillschweigend ein weitergehender Wille an den Tag gelegt ist[5]). Denn wenn in l. 1 C. cit. erklärt wird, die an das Ende der mehreren Grade gestellte Enterbung habe für alle Grade zu gelten, falls dies ausdrücklich vom Erblasser angeordnet sei, oder falls sonst *appareat* eum cum eo consilio scripsisse ut ab omnibus exheredaret, — so folgt unwiderleglich, daß beim Mangel von Beweisen für einen solchen Willen die angegebene Ausdehnung der Ausschließung nicht gerechtfertigt werden kann. Es kommt hinzu, daß das römische Recht dem Enterbungswillen bei seinem Auftreten in der Form, wie solche bis zur Nov. 115 bestand, nicht zur Hülfe kommt. Wie also soll es sich begründen lassen, daß eine Enterbung in der bezeichneten Stellung im Zweifel als allgemein gemeint zu betrachten wäre? Mühlenbruch[6]) verweist dafür auf die in den Quellen entschiedenen Fälle, wo die Enterbung zwischen zwei Graden steht, und wo sie an zwei mit einander vermischte Grade anknüpft. Allein die Entscheidung des ersten Falls beruht, wie

[3]) So theils mehr, theils weniger bestimmt Francke S. 69—71. Arndts II S. 662 Anm. 62. Schmidt S. 53 Anm. 159.

[4]) A. a. O. S. 429—431.

[5]) Von älteren Vertretern dieser Auffassung sind Cujaz und Donell hervorzuheben (Nachweise bei Mühlenbruch S. 430 Anm. 59); von neueren Glück VII S. 279 f. (der die richtige Auslegung der l. 1 C. cit. scharf betont), Vangerow a. a. O. (der unbegreiflicher Weise dieses Argument unbenutzt läßt).

[6]) A. a. O. S. 430 f.

ſich ſogleich zeigen wird, auf Erwägungen, welche in unſerem Falle nicht zutreffen, — der von dem zweiten Vorgang handelnde Ausſpruch aber iſt eine unter allen Umſtänden ſchwer zu rechtfertigende Singularität[7]). Und am wenigſten kann es durch ſolche vermeintliche Analogien begründet werden, daß man ſich über den Ausſpruch der l. 1 C. cit. hinwegſetzt.

Ueber den Fall, wo die Enterbung zwiſchen zwei Graden ſteht, äußert Ulpian in l. 3 § 4 D. de lib. 28. 2:

Inter duos autem gradus exheredatus ab utroque remotus est secundum Scaevolae sententiam, quam puto veram.

Von vorn herein ſprach hier gleich viel für die Beziehung auf den einen wie den andern Grad: ſollte man danach die Willenserklärung für Beide, oder ſollte man ſie etwa (wegen Ungewißheit des Willens) für keinen von ihnen gelten laſſen? Letztere Entſcheidung würde zu einem übertriebenen Formerforderniß geführt haben; mit Recht ſprach ſich daher Scävola für die erſte Auffaſſung aus. Und doch iſt dies eben der Juriſt, der in l. 19 D. de lib. 28. 2 die mit „et in cetera parte exheres mihi erit“ verfügte Enterbung für ungültig erklärte, weil die dem Enterbten ſelbſt vermachten Zehn durch jene Worte von dem unter der Willenserklärung begriffenen Vermögen ausgeſchloſſen waren. Gewiß ein Beweis, daß die der Enterbung ungünſtige Strömung ſich nicht conſequent der Aufgabe verſagen konnte, den wahren Willen des Erblaſſers bei mangelhafter Erklärung aus dem gegebenen Thatbeſtande zu ergänzen.

Die Quellen bieten keine Entſcheidung über einen letzten Willen, der mehr als zwei Grade enthält und hier die Enterbung zwiſchen zwei Graden vorträgt. Mühlenbruch nimmt Enterbung von allen Graden an[8]). Nennenswerth iſt unter ſeinen Gründen nur der Hinweis auf den Fall, wo die Enterbung an das Ende der vorhandenen Mehrheit von Graden geſtellt iſt. Allein eben bei dieſem Vorgange wird Mühlenbruch mit einer Anzahl neuerer Schriftſteller (vergl. Anm. 3) der in l. 1 C. de lib. praet. 6. 28 vorliegenden Entſcheidung nicht gerecht; wie wir oben (S. 97) ge-

[7]) Dies wird ſich aus dem unten zu führenden Nachweiſe ergeben, daß es bei jener Entſcheidung ſich gar nicht um eine Eigenthümlichkeit des Falls einer Mehrheit angeordneter Grade handelt, ſondern um den Satz, daß eine nicht auf die ganze Erbſchaft ausgedehnte Enterbung ungültig iſt.

[8]) A. a. O. S. 431—433. Zuſtimmend Arndts II S. 662.

zeigt haben, ließen Sever und Caracalla die Ausdehnung auf alle Grade nur gelten, wo der entſprechende Wille des Erblaſſers erkennbar war. Demnach hat man ſich in dem jetzt zu beurtheilenden Falle, wo nicht ein anderer Wille erweislich iſt, auf die Anwendung der l. 3 § 4 cit. zu beſchränken, alſo nur für die zwei Grade Enterbung anzunehmen, zwiſchen welche die Verfügung des Erblaſſers geſtellt iſt[9]).

Die Quellen berühren endlich eine Verfügung, welche zwei je auf mehrere Erben geſtellte Grade mit einander miſcht, dabei aber die Enterbung dem Ausdruck nach nur mit einem einzelnen Eingeſetzten und deſſen Subſtituten in Verbindung bringt. In Uebereinſtimmung mit Maurician nimmt hier Ulpian in l. 3 § 5 D. de lib. 28. 2 Enterbung von beiden Graden an[10]). Mit Recht nennt Schmidt (S. 53 Anm. 159 a. E.) die Entſcheidung eine exorbitant weit gehende, innerlich ziemlich wenig begründete; bei einer nicht motivirten Enterbung mußte die der Verfügung gegebene eigenthümliche Stellung erhebliche Zweifel nach der Richtung hin wach rufen, ob nicht der Erblaſſer eine auf eine Erbquote beſchränkte, demnach ungültige Enterbung im Sinn gehabt hatte. Grade dieſe Erwägung aber macht es deutlich, daß es ſich bei Maurician's Ausſpruch nicht um Zweifel über das Verhältniß der Enterbung zu den zwei Graden handelt: die Verfügung ſtand ja zwiſchen beiden. Was bei l. 3 § 5 cit. auffallend erſcheint, iſt der Umſtand, daß der Juriſt nicht auf das Erforderniß einer Enterbung gegenüber allen gleichzeitig gerufenen Erben kommt: hieran hätte die beſchriebene Verfügung ſcheitern müſſen. So, wie der Ausſpruch der l. 3 § 5 cit. lautet, ſetzt ſich derſelbe in nicht zu rechtfertigender Weiſe über eben den Rechtsſatz hinweg, welchen Scävola (und mit ihm Paulus) nach l. 19 D. de lib. 28. 2 mit übermäßiger Strenge zur Anwendung brachte. (Vergl. § 12 unter B.)[11])

---

[9]) So Vangerow a. a. O. unter b.

[10]) l. 3 § 5 cit. In eo, qui miscuit duos gradus, exheredationem valere Mauricianus recte putat, veluti: „Primus heres esto ex semisse. si Primus heres non erit, Secundus ex semisse heres esto. Tertius ex alio semisse heres esto. filius exheres esto. si Tertius heres non erit, Quartus heres esto“. nam ab utroque gradu summotus est.

[11]) Außer l. 19 cit. und l. 3 § 2 D. eod., welcher letzte Ausſpruch von der im Text gewürdigten l. 3 § 5 D. eod. in Ulpian's Werk ad Sabinum nur durch wenige Zeilen getrennt war, iſt zur Erkenntniß der durchaus anomalen Natur der

Zum Schluß ist zu erinnern, daß alle in dem jetzt abzuschließenden Abschnitt über die Enterbung angestellten Untersuchungen ausschließlich das formelle Notherbenrecht und die diesem angehörige nicht motivirte Exheredation in's Auge zu fassen hatten. Im Recht der Nov. 115 tritt uns eine anders gestaltete Willenserklärung entgegen: die Ausschließung muß von vorn herein, auch in ihrer äußeren Fassung, durch einen der vom Gesetz anerkannten Ausschließungsgründe motivirt sein. Ob neben diesem neuen System die Grundsätze des alten Exheredationsrechts noch Geltung behaupten, läßt sich erst bei der Darstellung des Novellenrechts beurtheilen.

D. Milderungen des civilen Notherbenrechts durch die bonorum possessio secundum tabulas.

§ 14.*)

In einigen Fällen eines nach Civilrecht wegen der Uebergehung eines Notherben nichtigen Testaments gewährt das prätorische Recht dem eingesetzten Erben eine bon. poss. secundum tabulas, die bald uneingeschränkt, bald in beschränkter Ausdehnung wirksam ist. Diese Vorgänge sollen hier dargestellt werden.

I. Ist das Testament nichtig wegen der Uebergehung eines zur Zeit seiner Errichtung vorhandenen Haussohns oder eines postumus suus, so können die Testamentserben doch immer zur Erbschaft gelangen, wenn der suus sich der Erbschaft entschlägt. Letzterer ist ohne Weiteres, dem Testament entgegen, gesetzlicher Erbe geworden, und da ihm die Möglichkeit der Entschlagung nur durch das prätorische Recht dargeboten wird, so bleibt er nach Civilrecht trotz der Entschlagung Erbe, wenn auch die Erbeseigenschaft gemeinhin eine inhaltlose — ein nudum nomen — bleibt[1]). Ferner kann, weil jene

in diesem Fragment enthaltenen Entscheidung der scharf formulirte Ausspruch desselben Ulpian in l. 8 § 3 D. de bo. poss. co. tab. 37. 4 zu vergleichen: si *ab uno* ex heredibus sit filius exheredatus, Marcellus — scribit filium non videri exheredatum —.

*) Francke S. 96—120. Mühlenbruch 36. S. 312—338. Bangerow II § 473 (S. 246—248). Vergl. auch Fabricius, bonor. possessio S. 106—144. Leist, bon. poss. II. 1 S. 250—295.

[1]) Vergl. einerseits Paul. l. 12 pr. D. de interr. in jure 11. 1: — hunc qui abstinuit *praetor non habet heredis loco*. Ulp. l. 2 § 8 D. ad SC. Tertull. 38. 17: — ne *nudum nomen* sui heredis noceat matri —; anderseits Ulp. l. 30 § 10 D. de fideic. libert. 40. 5: — non est sine herede, qui suum heredem habet licet abstinentem se.

ſeine Eigenſchaft fortdauert, die Erbſchaft nach Civilrecht keinem hinter ihm ſtehenden Erben deferirt werden. Zwar erkennt der Prätor die Möglichkeit einer fortſchreitenden bonor. possessio an [2]); allein der b. p. intestati wird in unſerm Falle durch die bon. poss. secundum tabulas der Weg verſchloſſen. Denn das prätoriſche Recht behandelt das Teſtament auch bei Uebergehung eines suus nicht als nichtig. Dasſelbe läßt an erſter Stelle die bon. poss. contra tabulas deferirt werden; wird dieſe jedoch nicht erbeten — und das liegt in der oben gemachten Vorausſetzung, daß der zur contra tabulas berechtigte civile Notherbe ſich der Erbſchaft entſchlägt —, ſo ſchreitet die Delation zur bon. poss. secundum tabulas fort [3]).

Dieſe Sätze werden heutzutage allgemein anerkannt [4]); eine ältere, von bedeutenden Namen getragene Meinung wollte den Teſtamentserben nur in dem Falle eine bonor. poss. cum re zugeſtehen, wenn ihnen nächſtes geſetzliches Erbrecht zur Seite ſtände [5]). Wenn dieſe Anſicht ſich auf die Nichtigkeit des Teſtaments und die damit begründete geſetzliche Erbfolge berief, ſo iſt ſchon bemerkt, daß das prätoriſche Recht auch auf Grund eines ſolchen Teſtaments die bon. poss. secundum tabulas deferirt werden läßt. Mit nicht beſſerem Recht hat man für die vermeintliche beſchränkte bonor. poss. cum re einen Beweis in l. 17 D. de injusto 28. 3 finden wollen. Denn die Stelle ſagt nicht, wie man gemeint hat, daß im Fall der Entſchlagung des übergangenen Sohnes den eingeſetzten Brüdern deſſelben (damit den nächſten geſetzlichen Erben des Erblaſſers) ex bono et aequo

---

[2]) Ulp. l. 1 § 7 D. si quis omissa 29. 4 — nisi si abstinuerint quidem se testamento, verum ab intestato petierint *bonorum possessionem*. — Vergl. auch Scaev. l. 44 D. de re jud. 42. 1: — postea tutores abstinuerunt eam bonis paternis et ita *bona* defuncti ad substitutum vel ad coheredes pervenerunt.

[3]) Ulp. l. 2 pr. D. de bon. poss. sec. tab. 37. 11. Aequissimum ordinem praetor secutus est: voluit enim primo ad liberos bonorum possessionem contra tabulas pertinere, mox, si inde non sit occupata, judicium defuncti sequendum. — Ulp. 28. 5. Secundum tabulas bonorum possessio datur scriptis heredibus, scilicet si eorum, quibus contra tabulas competit, nemo sit, aut petere voluerit (nollent?). Vergl. auch l. 2 C. de bo. poss. co. tab. 6. 12.

[4]) Litterariſche Nachweiſe bei Vangerow a. a. O. unter 1.

[5]) Vergl. die bei Francke S. 108 Anm. 25. Mühlenbruch a. a. O. S. 326 Anm. 17 gegebenen Nachweiſe. Unter den Vertretern jener heutzutage überwundenen Anſicht befinden ſich Cujaz und Donellus. In unſrer Zeit war dieſelbe zwar von Leiſt wieder aufgenommen, indeſſen iſt ihr dieſer ſpäter ſelbſt entgegengetreten: bon. poss. II. 1. S. 279.

eine bonor. poss. secundum tabulas zu gewähren sei: haben sie diese doch nach der Regel des Edicts. Vielmehr wird lediglich die Leistung der Vermächtnisse und Freilassungen als Anforderung des billigen Rechts bezeichnet[6]).

Hat der übergangene suus sich bis zum Tode nicht darüber erklärt, ob er von seiner Notherbenberechtigung Gebrauch machen wolle, so können noch immer seine Erben den bisher beschriebenen Erfolg durch Entschlagung herbeiführen[7]).

II. Völlig klar ist ferner die Behandlung des Falls, wo dem lebenden Erblasser nach errichtetem Testament ein Postumus geboren wird, dieser aber vor dem Erblasser stirbt. Ohne Zweifel ist das Testament rumpirt; dennoch soll nach einem Rescript Hadrian's die den eingesetzten Erben zu ertheilende bon. poss. secundum tabulas stets cum re sein[8]): die Klagen der gesetzlichen Erben werden durch exceptio doli zurückgewiesen. Nur dem gesetzlichen Erbanspruche enterbter Kinder des Erblassers (unter diesen wohl auch der gewaltfreien), ferner der Erben von solchen muß der Testamentserbe weichen[9]).

III. Nach mehr als einer Richtung hin streitig ist die Behandlung des Falles, wo der Präterirte ein zur Zeit der Testamentserrichtung lebender Hausſohn ist, dieser aber vor dem Erblasser stirbt. Die herrschende Lehre, die ich für die richtige halte, ist diese. Dem eingesetzten Erben wird zwar trotz der nach Civilrecht gegebenen Nichtigkeit des Testaments[10]) eine bon. poss. secundum tabulas gewährt; allein diese ist nur dann wirksam (cum re), wenn die Eingesetzten die nächsten gesetzlichen Erben sind[11]). Diese Meinung findet, wie mir scheint, ihre Begründung in l. 12 pr. in f. D. de injusto, auch dient zur Unterstützung Gaj. II. 148.

---

[6]) Ueber die l. 17 cit. Francke S. 108—110. Dazu Mühlenbruch S. 329—333.

[7]) l. 7 § 1 D. de A. v. O. H. 29. 2, womit zu verbinden l. 19 init. C. de jure delib. 6. 30.

[8]) l. 12 pr. D. de injusto 28. 3.

[9]) l. 13 D. de doli except. 44. 4. Vergl. außer Bangerow a. a. O. unter 2. Fabricius S. 112 f. Arndts II S. 573 Anm. 59 und jetzt auch Leist, Fortſ. III S. 104 (wo die abweichende Auslegung in bon. poss. II. 1 S. 287 zurückgenommen wird).

[10]) Gaj. II. 123. pr. J. de exher. lib. 2. 13.

[11]) Vergl. außer Francke S. 115—120 Bangerow a. a. O. unter 2; bei Beiden weitere Nachweise (bei Francke S. 115 Anm. 35. 36).

149. Die Betrachtung dieſer Stellen wird am Beſten mit der Beſprechung der abweichenden Anſichten verknüpft; auf dieſe iſt daher ſogleich einzugehen.

A. Nach der einen Anſicht ſollen die nämlichen Grundſätze Platz greifen, die bei dem unter II. beſprochenen Teſtament gelten, welches durch einen vor dem Erblaſſer wieder verſtorbenen Poſtumus rumpirt iſt[12]). Einen unmittelbaren Beweis hat man hiefür nicht zu erbringen vermocht. Denn die l. 2 pr. D. de bo. poss. sec. tab. 37. 11 ſpricht nur aus, daß die contra tabulas vor der secundum tabulas angeboten werde; die l. 3 § 14 D. de bon. libert. 38. 2 ſetzt zwar voraus, der Freigelaſſene habe ſeinen Hausſohn übergangen, aber ſie bezeichnet als eingeſetzten Erben den Patron, damit offenbar die Perſon, welche nach dem Wegfall jenes Sohnes der nächſte geſetzliche Erbe war. Mehr Gewicht fällt auf den namentlich von Arndts (Anm. 12) näher entwickelten Gedanken, daß die vom Poſtumus handelnde l. 12 pr. D. de injusto 28. 3 (erſter Theil) analog zur Anwendung zu kommen habe; trotzdem überzeugt auch dieſer Begründungsverſuch nicht. Es ſind durchaus vereinzelte, zu verſchiedenen Zeiten aus geſonderten Quellen entſprungene Rechtsſätze, in denen ſich nach claſſiſchem Recht der der bon. poss. secundum tabulas bei Nichtigkeit des Teſtaments ausnahmsweiſe zu Theil werdende Schutz gegenüber dem nachſtehenden Civilerben darſtellt: ſo das erwähnte Reſcript Hadrian's über das testamentum ruptum, das bei Gajus (II. 120) beſprochene Reſcript von Mark Aurel über das testamentum non jure factum, endlich der gleichfalls auf dieſes Teſtament (hier auch posterius imperfectum genannt) bezügliche Rechtsſatz aus ungewiſſer Quelle in l. 2 pr. D. de injusto 28. 3 l. 12 § 1 D. de bo. poss. co. tab. 37. 4[13]). Bei einer ſo geſtalteten Lehre dürfen nur mit beſonderer Vorſicht aus den iſolirten Entſcheidungen Grundſätze von allgemeinerer Bedeutung abgeleitet werden. Und grade in unſerm Falle trifft die Uebertragung des Rechts des testamentum ruptum (l. 12 pr. D. de injusto 28. 3) auf Bedenken. Nach den Vorausſetzungen von Hadrian's Reſcript hat das der Gültigkeit des Teſtaments entgegenſtehende Hinderniß — das Daſein des Poſtumus, den der Erblaſſer überlebt — zu den beiden Zeitpunkten des errichteten Teſtaments und des Todes

[12]) So Bluntſchli S. 114. Arndts II S. 573—575. (Bei Letzterem in Anm. 65 weitere Anhänger dieſer Auffaſſung.)

[13]) Vergl. die Darſtellung bei Leiſt, bon. poss. II. 1 S. 282—295.

des Erblaſſers nicht beſtanden. Eben auf dieſe Zeitpunkte wird bei einem andern Ungültigkeitsgrunde — der vorübergehend weggefallenen testamentifactio des Erblaſſers — vorzügliches Gewicht gelegt[14]); ſie werden daher auch auf die Entſtehung des Satzes von testamentum ruptum Einfluß geübt haben. Eben darum iſt auf jenen Satz keine Rückſicht zu nehmen, wo es ſich um die Beurtheilung des wegen der Uebergehung des lebenden Sohnes ſofort nichtigen Teſtaments handelt.

Einige Aeußerungen der Quellen ſind mit der hier beſtrittenen Anſicht unverträglich, zum Theil unterſtützen ſie direct unſre Auffaſſung. In l. 7 D. de lib. 28. 2 wird eben der Fall des übergangenen, dann vor dem Erblaſſer geſtorbenen Hausſohns behandelt. Wenn hier Paulus äußert „testamentum non valet", ſo könnte darin allerdings mit Arndts (S. 574 f. Anm. 64) ein bloßes Betonen des Standpunkts des Civilrechts gefunden werden. Allein der Juriſt fügt hinzu: „nec superius rumpetur": würde er wohl ſo geſprochen haben, wenn das zweite Teſtament die Grundlage einer gegen Jeden wirkſamen bonor. possessio abgab, alſo die civile Gültigkeit des erſten Teſtaments inhaltlos machte? Unmöglich hätte der Juriſt dieſe ſo weſentliche Beſchränkung ſeiner Aeußerung verſchweigen können.

Von vorzüglichem Gewicht iſt die ſchon unter II. behandelte l. 12 pr. D. de injusto 28. 3. Ulpian hat im Eingang Hadrians Reſcript über die Aufrechthaltung des testamentum ruptum beſprochen. Nachdem er dann hervorgehoben hat, daß danach auch Legate und Fideicommiſſe in Kraft bleiben, ſchließt er mit den Worten

> — idem et circa *injustum* et irritum testamentum erit dicendum, si bonorum possessio data fuerit ei, qui rem ab intestato auferre possit.

Beſtimmt heißt hier injustum das Teſtament, welches durch Uebergehung eines suus nichtig iſt[15]): von dieſem aber wird in den Schlußworten in entſchiedenem Widerſpruch mit der Meinung von Arndts

---

[14]) Vergl. l. 11 § 2 D. de bo. poss. sec. tab. 37. 11. und das oben im § 4 unter II a. E. Ausgeführte. (S. 17.)

[15]) So Francke S. 118—120. Mühlenbruch S. 318 f. Fabricius S. 138 vergl. mit S. 136. Vangerow II § 473 Anm. unter 2. *Hingst* S. 199 f. Mühlenbruch macht darauf aufmerkſam, daß die Stelle ſchon in Bas. 39. 2 c. 12 schol. 2 in unſerm Sinne ausgelegt wird. — Beweiſe für das Vorkommen des „injustum" in der angegebenen Bedeutung bei *Dirksen* h. v. § 2.

bezeugt, es begründe nur dann eine wirkſame secundum tabulas, wenn die Eingeſetzten zugleich nächſte geſetzliche Erben ſeien. — Der vorſtehenden Auslegung der l. 12 cit. iſt freilich von anderer Seite widerſprochen: Leiſt[16]) ſieht im testamentum injustum der l. 12 cit. das wegen Formfehlers nichtige Teſtament. Allein Leiſt hat das ſchon von Francke dargelegte Bedenken nicht zu beſeitigen vermocht, daß ſeit dem Reſcript von Mark Aurel (Gaj. II. 120) beim testamentum non jure factum jeder Teſtamentserbe vermöge der ihm zur Seite ſtehenden exceptio doli eine bon. poss. secundum tabulas hatte, die cum re war. Denn die Kraft dieſes Arguments leidet nicht durch den Einwurf, daß die Einrede nur gegen den geſetzlichen Erben ſtattfand, nicht gegen den Erben aus einem andern gültigen Teſtament: auch ſo hätte Ulpian nicht ſagen dürfen, der in einem ſolchen Teſtament ernannte Erbe behalte die Erbſchaft, wenn er nächſter geſetzlicher Erbe ſei[17]).

Die Vertreter der herrſchenden Meinung berufen ſich noch auf Gaj. II. 148. 149; dieſe Stelle beſpreche ich in Verbindung mit einer zweiten abweichenden Lehre, die ich jetzt erwäge.

B. In ſchärfſtem Gegenſatz zu der ſoeben bekämpften Auffaſſung ſteht die Anſicht von Leiſt[18]). Nach dieſer hätte der Prätor bei vorliegender Uebergehung eines wenngleich vor dem Erblaſſer verſtorbenen Hausſohns dem Teſtamentserben überall keine *bon. poss. secundum tabulas* gewährt oder doch die ertheilte *bon. possessio* als *non data* behandelt; demnach wäre dem eingeſetzten Erben das geringe Maß von Schutz verſagt geblieben, das die herrſchende Meinung gelten läßt. Leiſt geht von der gewiß begründeten Annahme aus, die Hauptabſicht des Prätor ſei bei jener bon. possessio darauf

---

[16]) Bonor. poss. II. 1 S. 288—290.

[17]) Freilich pflegt man bei dem im Text abgedruckten, mit „idem et circa“ beginnenden Schlußſatz der l. 12 cit. den Nachdruck auf die Aufrechthaltung der Vermächtniſſe und Freilaſſungen zu legen. (So nicht allein Leiſt S. 289 f. Anm. 7, ſondern auch Francke S. 118. Fabricius S. 138, beſonders Anm. 188.) Indeſſen verträgt ſich das nicht mit dem Zuſammenhang der Stelle. Dieſe hebt in erſter Linie hervor, was offenbar auch allein von Hadrian verfügt war, daß die bon. poss. secundum tabulas dem Teſtamentserben in wirkſamer Weiſe das Vermögen gewährt; die Folgerung wegen des Schutzes der Nebenverfügungen wird nur beiläufig von Ulpian gezogen. An dieſem Verhältniß beider Gedanken zu einander iſt auch bei dem Schlußſatze feſtzuhalten.

[18]) Bon. poss. II S. 250—282, insbeſ. S. 277—279. S. 288. 289.

gerichtet geweſen, dem in einem gültigen Civilteſtament Eingeſetzten raſch zum Beſitz des Vermögens zu verhelfen. Im Verlauf der Zeit, heißt es dann weiter, ſei freilich auch aus einem wegen gewiſſer Gründe nichtigen Teſtament eine gültige secundum tabulas b. p. ertheilt: allein an derartigen Gründen ließen ſich nur vier aufweiſen. Ueber drei lehre Gajus dies (II. 147—149): falls das Teſtament ein non jure factum, ruptum oder irritum ſei, werde der Eingeſetzte im Beſitz des Vermögens geſchützt, wenn nur nicht ein Civilerbe vorhanden ſei und Anſprüche mache. Als ein vierter, abweichend behandelter Grund wird die Uebergehung eines suus bezeichnet; doch ſoll dieſer nur in der einen Anwendung Berückſichtigung gefunden haben, wenn der suus den Erblaſſer überlebte und ſich der Erbſchaft entſchlug. (l. 17 D. de injusto 28. 3.)

Von letzterem Falle iſt genügend oben unter I gehandelt; was ſonſt über den Fall des übergangenen Hausſohns zu ſagen iſt, wird ſich an die Betrachtung der drei von Gajus namhaft gemachten Nichtigkeitsgründe anknüpfen laſſen.

Der Bericht des römiſchen Juriſten (II. 147) wird mit den Worten eingeleitet:

> Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quae vel *ab initio non jure facta* sunt, vel *jure facta postea irrita facta aut rupta* sunt. —

Dieſe Zuſammenſtellung der drei Gründe ſoll nach Leiſt keine zufällige ſein: ſie kehrt nach ihm wieder bei Ulp. **23**. 6., in l. 1 D. de exc. rei jud. 44. 2 und in der vorhin beſprochenen l. 12 pr. D. de injusto.

Hier haben wir zunächſt zu entgegnen, daß die jetzt bezeichneten Aeußerungen der Quellen keine Parallelſtellen für Gaj. II. 147 abgeben. Ulpian (**23**. 6) ſpricht nur vom testamentum ruptum und irritum, — die l. 1 cit. nennt das ruptum, irritum und *non justum* ohne ein Eingehen auf die einzelnen Fälle, insbeſondere ohne Hindeutung darauf, daß bei dem „non justum“ an das „non jure factum“ zu denken wäre; von l. 12 pr. cit. aber iſt vorhin gezeigt, daß die Stelle als testamentum injustum deutlich das wegen der Uebergehung eines suus nichtige Teſtament erkennen läßt. — Was ſodann den Bericht des Gajus betrifft, ſo beruht hier die Zuſammenſtellung der drei Fälle lediglich darauf, daß im Voraufgehenden ausführlich von der Form der Teſtamente (im Zuſammenhang damit vom for-

mellen Notherbenrecht), demnächſt aber vom testamentum ruptum und irritum gehandelt iſt[19]).

Indeſſen iſt doch auch die Frage aufzuwerfen, wie wir bei Gajus (II. 147) den Ausdruck „test. non jure factum“ zu verſtehen haben. Wenn Leiſt die Antwort gibt, es ſei an unbedeutende Formfehler zu denken, wie die Auslaſſung der familiae mancipatio und den nuncupatio (S. 267 f.), ſo erhebt ſich dagegen ein ſehr ernſter Zweifel. Im Zuſammenhang der voraufgeſchickten Entwicklung (II. 120) hat Gajus das grade auf Formfehler der beſchriebenen Art bezügliche Reſcript von Mark Aurel beſprochen, insbeſondere hervorgehoben, nach dieſem werde die bon. possessio des Teſtamentserben jedem geſetzlichen Erben des Civilrechts gegenüber durch exceptio doli geſchützt. Demnach kann der Juriſt doch wohl nicht mit Rückſicht auf ſolche Mängel ſagen wollen — was doch nach Leiſt's Anſicht in Gaj. II. 148. 149 gefunden werden müßte —, der im fehlerhaften Teſtament bedachte Erbe behalte die Erbſchaft, wenn ihm dieſe nicht von einem durch anderes Teſtament oder Geſetz gerufenen Civilerben abgefordert werden könne. Vielmehr iſt es ſehr glaublich, daß unter den testamenta ab initio non jure facta des § 147 auch unſre Fälle des bei einem suus heres verletzten Notherbenrechts begriffen ſind. Unter dieſer Vorausſetzung dient Gaj. II. 148 zur Unterſtützung des oben (S. 104 f.) aus den Schlußworten der l. 12 pr. D. de injusto 28. 3 gewonnenen Ergebniſſes.

Der Anſicht von Leiſt, daß aus einem wegen Uebergehung eines Hausſohns nichtigen Teſtament eine bon. poss. secundum tabulas nicht ertheilt oder daß doch die ertheilte als non data behandelt wäre, ſteht überdieß eine weitere Stelle entgegen: es iſt Ulp. l. 3 § 14 D. de bon. libert. 38. 2[20]). Das dort von Ulpian beſprochene Teſtament des Freigelaſſenen iſt wegen Uebergehung des Sohnes nichtig. Indeſſen iſt der Sohn noch vor dem Erblaſſer geſtorben;

---

[19]) Gaj. II. 101—146.

[20]) l. 3 § 14 cit. Si libertus patronum suum ita heredem scripserit: „si filius meus me vivo morietur, patronus heres esto“, non male videtur testatus: nam si decesserit filius, poterit hic existente condicione accipere bonorum possessionem (secundum tabulas. itaque non admittitur ad contra tabulas bonorum possessionem ins. *Momms.*). — Auf die Stelle haben ſchon verwieſen Mühlenbruch S. 320. Hingſt S. 200.

mit Rückſicht darauf kommt der zum Erben eingeſetzte Patron zur bon. poss. secundum tabulas, und dieſe iſt in ſeiner Hand cum re, da er der nächſte geſetzliche Erbe iſt.

C. In einem nebenſächlichen Punkte vertheidigt auch Francke, den wir oben (Anm. 11) als Vertreter der von uns getheilten Anſicht zu nennen hatten, eine ihm eigenthümliche Auffaſſung. Beim testamentum irritum, genauer dem Falle, wo der Erblaſſer nach errichtetem Teſtament ſich hat arrogiren laſſen, ſpäter aber wieder aus der Adoptivfamilie ausgeſchieden iſt, nimmt Papinian in l. 11 § 2 D. de bon. poss. secundum tabulas 37. 11 Wirkſamkeit des letzten Willens an, wenn der Erblaſſer dieſen nach wiedererlangter Selbſtändigkeit beſtätigt hat[21]). Dieſen Satz meint Francke auf unſer wegen der Uebergehung eines demnächſt verſtorbenen Notherben nichtiges Teſtament analog anwenden zu können. Dem entgegen hat jedoch ſchon Mühlenbruch (S. 324 f.) mit Recht hervorgehoben, daß Papinian bei ſeiner Entſcheidung ein Anfangs gültiges Teſtament vor Augen hatte. Erlangte nun der Erblaſſer die Teſtirfähigkeit vor dem Tode wieder, ſo hat ihm dieſelbe in den wichtigen Zeitpunkten der Teſtamentserrichtung und des Todes nicht gefehlt und ſo begreift es ſich, daß der eingeſetzte Erbe, nachdem er die bon. poss. secundum tabulas erbeten hat, mit dem interdictum Quorum bonorum gegen den geſetzlichen Erben durchdringen ſoll; dem Letzteren wird die exceptio doli in Rückſicht auf die erfolgte Beſtätigung des letzten Willens verſagt. Ganz anders bei dem wegen der Uebergehung des Hausſohns von Anfang an nichtigen Teſtament: hier fehlt jede Möglichkeit, dem letzten Willen durch nachträgliche Beſtätigung aufzuhelfen.

---

[21]) l. 11 § 2 cit. — si sui juris effectus codicillis aut aliis litteris eodem testamento se mori velle declaraverit —.

Zweiter Theil: Das prätoriſche Recht.

§ 15.

I. Begriff der prätoriſchen Notherbfolge.

Die prätoriſche Notherbfolge verhilft gleich dem formellen Notherbenrecht des Civilrechts gewiſſen Deſcendenten des Erblaſſers entgegen dem letzten Willen zur Erbfolge. Mit dem civilen Inſtitut hat ſie die an den Erblaſſer gerichtete Anforderung gemein, den Notherben in ſeinem letzten Willen zum Erben einzuſetzen oder zu enterben, und es kommt auch nach prätoriſchem Recht zur Notherbfolge, wenn das Teſtament dieſe Anforderung durch Präterition eines Notherben verletzt. Dagegen ſind die Perſonen der Notherben bei der jene Erbfolge vermittelnden bon. poss. contra tabulas anders beſtimmt, als nach Civilrecht: während nach Letzterem nur die sui, ſind nach prätoriſchem Recht die in die erſte prätoriſche Inteſtatclaſſe gehörigen Deſcendenten berechtigt, — die liberi. Angeboten wird die bon. possessio im Edict nicht allein dem durch Uebergehung verletzten, ſondern zugleich mit ihm ſolchen Notherben, welche ſich im Teſtament zu Erben eingeſetzt finden. Dieſer abgeleitete Erbbeſitz (bon. poss. commisso per alium edicto) greift auf einem Punkte ſelbſt über den Kreis der liberi hinaus, indem er die vom Teſtament gerufenen, in einer Adoptivfamilie ſtehenden Deſcendenten an der Notherbfolge betheiligt.

Noch erfordert das, was hier über den Begriff dieſer Erbfolge zu ſagen iſt, einige Bemerkungen über die Vorausſetzungen und über die Wirkungen der bon. poss. contra tabulas. Bedingt wird dieſe durch die Uebergehung eines Notherben in einem mindeſtens nach prätoriſchem Recht gültigen, mithin zur Herbeiführung der Erbfolge kraft letzten Willens geeigneten Teſtament. An ſich bleibt auch das Teſtament — anders als bei der civilen Notherbfolge — trotz der bon. poss. contra tabulas in Kraft; aber das Vermögen wird dem eingeſetzten Erben nach der regelmäßigen Anlage dieſer bonor.

possessio völlig, in gewiſſen, durch die Perſonen und zum Theil durch das Verhalten jener Erben beſtimmten Fällen nur theilweiſe durch den Notherben entzogen. Dies geſchieht im Wege einer zu Gunſten des Letzteren begründeten Geſammtnachfolge. Hand in Hand geht mit jener Wirkung eine Schmälerung der Nebenverfügungen; insbeſondere werden unwirkſam die Vermächtniſſe mit Ausnahme einer beſtimmten Claſſe, bei den Römern auch die Freilaſſungen. — Mit Rückſicht auf dieſe weite Ausdehnung des vor der bon. poss. contra tabulas auf den letzten Willen ausgeübten Einfluſſes darf geſagt werden, daß dieſelbe das Teſtament unwirkſam macht. Von einem dieſer Auffaſſung in neueſter Zeit entgegengeſetzten Widerſpruche (Leiſt) iſt im § 23 zu reden.

§ 16.

II. Geſchichtliches über die bonorum possessio contra tabulas.

I. Die Betrachtung der Geſchichte der bonor. poss. contra tabulas führt auf zwei zur Zeit noch nicht mit Sicherheit gelöſte Fragen: die nach der Zeit ihrer Entſtehung und die nach ihrer älteſten Anwendung. Die erſte Frage ſteht in engem Zuſammenhange mit der Unterſuchung über die Entſtehung aller bonor. possessio. Bei dieſer fällt das Hauptgewicht auf einige viel benutzte Aeußerungen Cicero's. Zwei von ihnen — Cic. orat. part. c. 28 und pro Cluent. 60. 165 — gewähren den Beweis, daß zu Cicero's Zeit die ſpäter als bon. poss. Unde cognati bezeichnete Erbclaſſe und wohl auch die Claſſe Unde vir et uxor in ihren Anfängen im prätoriſchen Edict Platz gefunden hatte. Auf dieſe Notizen hat unſre Unterſuchung nur in nebenſächlicher Weiſe weiter unten Bezug zu nehmen. Uebrig iſt die dritte Stelle — in Verr. II. 1 cap. 44. 45: auch ſie ſpricht zwar nur von der bon. poss. secundum tabulas und Unde legitimi, aber ſie gewährt einen negativen Beweis für unſre Lehre[1]). Cicero bringt die ſchweren Rechtswidrigkeiten zur Sprache, deren Verres ſich während ſeiner ſtädtiſchen Prätur theils bei der Abfaſſung, theils bei der Handhabung des Edicts ſchuldig gemacht hatte. Indem dabei gerügt wird, in welcher Weiſe der Angeklagte mit Rückſicht auf einen einzelnen Fall vom tralaticiſchen Edict über

[1]) Vergl. über dieſe Stelle einerſeits Fabricius, bon. poss. S. 26—38. Hingſt, comment. de bon. possessione S. 50—57. Leiſt, Fortſ. I S. 50—63; — anderſeits Schmidt S. 67. S. 68 f. Anm. 6.

die bon. possessio abgegangen war, erhalten wir Kenntniß von der Wortfaſſung des Letzteren[2]). Daſſelbe hat danach ohne Zweifel mit der bon. poss. secundum tabulas begonnen, eine bon. poss. contra tabulas ſtand damals nicht an ſeiner Spitze. Eben ſo unzweifelhaft iſt es, daß an dieſe Verheißung des Erbbeſitzes auf Grund des Teſtaments die bon. poss. intestati des Civilerben ſich unmittelbar angeſchloſſen hat (uti quemque potissimum *heredem* esse oporteret cet.; Anm. 2 unter II): zwiſchen beiden Beſtimmungen kann alſo eine bon. poss. Unde liberi noch nicht angeboten geweſen ſein. Und das iſt ein entſcheidender Beweis gegen die Annahme, als habe man ſchon zu Cicero's Zeit eine bon. poss. contra tabulas gekannt. Zwar wenn man auf dieſe allein ſieht, ſo bleibt die durch Schmidt nach dem Vorgange von Huſchke betonte Möglichkeit ſtehen, daß ſie in einer beſonderen Clauſel am Schluß des ganzen Edicts ihre Stelle fand. Allein in Anwendung auf die bon. poss. Unde liberi iſt die gleiche Annahme nach der Faſſung des Edicts ſchlechthin ausgeſchloſſen; hieraus aber iſt wieder das Fehlen der *contra tabulas* zu folgern. Jedenfalls läßt ſich eine ſolche in der Ausdehnung auf die *liberi* ſo lange nicht denken, als dieſen nicht auch die erſte Claſſe in der prätoriſchen Inteſtaterbfolge zugewieſen war. Und gegenüber dem Gedanken an eine auf die *sui* beſchränkte contra tabulas laſſen wir uns einſtweilen die erwähnte Thatſache genügen, daß eine ſolche bonor. possessio nicht im Eingang des Edicts vorkam. Eine weitere Stütze erhält die Behauptung, daß dieſelbe der jetzt in Frage ſtehenden Zeit wirklich unbekannt geweſen iſt, an dem unter II auszuführenden Satze, wonach geſchichtlich die prätoriſche Notherbfolge wohl nicht von den sui ausgegangen iſt.

Wenn wir ſagten, eine bon. poss. *Unde liberi* könne zur Zeit der Anklage gegen Verres nicht beſtanden haben, ſo tritt dem (wie der gleichen Annahme bezüglich der contra tabulas) eine abweichende

---

[2]) Ich theile hier die beiden erſten Sätze in der Faſſung mit, welche ihnen Leiſt in ſeiner trefflichen Erörterung dieſes Gegenſtands zuſchreibt. Großentheils ſind ſie wörtlich aus der angegebenen Rede Cicero's zu entnehmen: (I.) Si de hereditate ambigitur et tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis quam e lege oportet ad me proferentur, secundum tabulas testamenti potissimum possessionem dabo. (II.) Si tabulae testamenti non proferentur, tum uti quemque heredem esse oporteret, si is intestatus mortuus esset, ita secundum eum possessionem dabo. (Cic. laud. §§ 114—117. Leiſt S. 76).

Auslegung der vorhin erwähnten Edictsworte entgegen. Nach dieſen hatte der Prätor erklärt, bei Vorlegung eines gehörig geſiegelten Teſtaments werde er den Erbbeſitz „secundum tabulas *potissimum*“ verleihen, — bei Nichtvorlegung ſollte die bonor. possessio gegeben werden, uti quemque *potissimum* heredem esse oporteret, si is intestatus mortuus esset. Das beide Male gebrauchte „potissimum“ bildet den Angriffspunkt für Alle, welche für Cicero's Zeit trotz der Verrinen die Geltung der beiden ſtreitigen Erbclaſſen vertheidigen. Frühere Aeußerungen über den Sinn dieſes Ausdrucks, namentlich die von Bachofen und von Huſchke, ſind bei Hingſt dargeſtellt und beſprochen[3]; ſie dürfen als erledigt gelten. Ad. Schmidt will das Wort durch „in der Regel“ übertragen wiſſen[4]; danach hätte der Prätor bei der Verheißung der bon. poss. secundum tabulas wie der Unde liberi Ausnahmen vorbehalten gehabt: als ſolche aber wären nur die bon. poss. contra tabulas und Unde liberi denkbar. Dieſe Auffaſſung erſcheint an ſich bei der erſten, auf den Erbbeſitz aus dem Teſtament bezüglichen Clauſel möglich; denn hier begegnet uns ein „*potissimum possessionem dabo*“. Allein die zweite Clauſel ſpricht von einem „uti quemque *potissimum heredem esse* oporteret“, und dies kann nur ſagen wollen, daß der an erſter Stelle Berufene den Beſitz erhalten ſolle[5]. Mit Rückſicht darauf muß dann aber weiter behauptet werden, daß das „potissimum“ im erſten Edictsſatze in gleichem Sinne zu nehmen, alſo dahin zu verſtehen iſt: der Teſtamentserbe ſoll an erſter Stelle den Erbbeſitz beanſpruchen können.

Ich habe das Argument, welches die hier vertretene Anſicht aus der erörterten Aeußerung Cicero's entnimmt, vorangeſtellt, weil dasſelbe ſo gewichtig iſt, daß man ſich durch daſſelbe wird leiten laſſen müſſen, ſo lange nicht ein völlig überzeugender Beweis für die Gegenanſicht erbracht iſt. Die Gründe für dieſe ſind in unſrer Zeit in einer, wie begreiflich, ſehr tüchtigen Weiſe von Ad. Schmidt entwickelt: indem ich auf ſie übergehe, mache ich vorweg auf Eins aufmerkſam. Für den Satz, daß zur Zeit der Verrinen eine auf die *sui* beſchränkte bon. poss. contra tabulas beſtanden habe, fehlt es faſt

---

[3]) A. a. O. S. 51—61.

[4]) Auch Hingſt, obwohl zu den Vertretern der von uns angenommenen Anſicht gehörig, nimmt den Ausdruck in dieſem Sinn.

[5]) Vergl. Leiſt, Fortſ. II S. 11 f. Anm. 19. III S. 77 f. Dazu deſſen bon. poss. I S. 140.

ganz an poſitiven Beweiſen: eine ſcheinbare Stütze bietet ihm die Unwahrſcheinlichkeit eines Rechtszuſtandes, wonach der Prätor dem suus, deſſen Uebergehung Nichtigkeit des Teſtaments begründete, die Vortheile des interdictum Quorum bonorum längere Zeit hindurch vorenthalten haben ſollte. Allein dem iſt auf andere Weiſe auszuweichen: es iſt beſtimmt zu behaupten, daß lange vor dem Entſtehen der bon. poss. contra tabulas ſolche sui ſofort die bon. poss. intestati in der Claſſe Unde legitimi nachſuchen konnten.

Eine größere Zahl von Beweisgründen bietet ſich für den Satz, daß eine contra tabulas b. p. für den Emancipirten ſchon in der Zeit Cicero's in Geltung geſtanden habe: eben dies aber iſt das Feld, auf welchem nach unſern obigen Bemerkungen die Aeußerungen Cicero's (im Verr. II. 1 c. 44. 45) mit voller Kraft widerſprechen. Die Gründe für das Beſtehen einer ſolchen bonor. possessio liegen in dem theils mit Sicherheit, theils mit Wahrſcheinlichkeit für die angegebene Zeit anzunehmenden Beſtehen einer Reihe von Rechtsinſtituten, neben denen eine formelle Notherbfolge der Emancipirten — ſo möchte man glauben — nicht wohl lange auf ſich warten laſſen konnte. Man zählt dahin das Vorkommen der Emancipation ſchon gegen das Ende des vierten Jahrhunderts der Stadt[6]), in Verbindung damit aber die beiden Sätze, daß zu Cicero's Zeit das Edict nachweislich eine bonor. possessio zu Gunſten der Cognaten enthielt, ſowie daß für dieſelbe Zeit das Beſtehen der querella inofficiosi testamenti mindeſtens mit einer gewiſſen Wahrſcheinlichkeit zu behaupten iſt[7]).

Betrachten wir zunächſt dieſen Theil der Beweisführung. Meines Erachtens iſt die Thatſache der Zulaſſung der Cognaten zur bonor. possessio nahezu ohne Gewicht. Der Schritt zu einer Ergänzung der civilen Inteſtatclaſſen für Fälle, in denen dieſe verſagten, kann von vorn herein nicht auf große Bedenken geſtoßen ſein; ſolche werden der Thätigkeit des Prätor erſt entgegengetreten ſein, als es auf eine Correction des Civilrechts ankam. Eben dieſe wurde mit der Aufſtellung der bonor. possessio contra tabulas und der Inteſtatclaſſe Unde liberi unternommen. Demnach erſcheint der Schluß von

[6]) Liv. VII. 16. Valer. Max. VIII. 6. 3. (Schmidt S. 69 Anm. 9.)

[7]) Vergl. wegen der bonor. possessio der Cognaten Cic. orat. part. c. 28. pro Cluent. 60. 165 und das darüber im Eingang dieſes Paragraphen Geſagte; — wegen der Querel die unten im § 49 folgenden Ausführungen.

der bon. poss. Unde cognati auf die correctoriſchen Claſſen ungerechtfertigt.

Auch das weitere Beweismoment aber möchte ich nicht hoch anſchlagen, daß die Uebung der Emancipation erweislich in die beſten Zeiten der Republik hinaufreicht. In der claſſiſchen Zeit ſehen wir den Satz in Geltung ſtehen, daß das Peculium ohne Weiteres als dem bisherigen Hauskinde überlaſſen gilt, wenn es nicht bei der Emancipation entzogen wird. Und daſſelbe gilt von einzelnen Vermögensſtücken, die dem Hauskinde früher geſchenkt und bei der Emancipation nicht zurückgenommen ſind [8]). Ohne Zweifel aber hat lange bevor eine ſolche Präſumtion für den Schenkungswillen ſich bildete und wohl ſeit der Ausbildung der Emancipation das Kind regelmäßig bei ſeiner Befreiung von der väterlichen Gewalt das Peculium [9]) oder ein Geſchenk einzelner Theile des väterlichen Vermögens durch erklärten Willen des Vaters erhalten. Denn wenn jene Vermuthung ſich zu einer Zeit bilden konnte, wo der Emancipirte längſt mit Hülfe des prätoriſchen Rechts zur Beerbung des Vaters gelangte, ſo muß dem Kinde in der alten Zeit, wo ihm mit der erlangten Selbſtändigkeit alle Erbberechtigung gegenüber dem bisherigen Gewalthaber verloren ging, die Sitte zur Hülfe gekommen ſein. Das iſt alſo namentlich für die Zeit der Republik zu behaupten: es iſt aber ſehr wohl möglich, daß man ſich lange Zeit mit einem Rechtszuſtande beholfen hat, bei welchem das aus der Gewalt ſcheidende Kind für die wegfallende Erbberechtigung durch väterliche Liberalität entſchädigt wurde.

Daß man zu Cicero's Zeit ſchon eine *querella inofficiosi testamenti* gekannt hat, iſt zwar auch heutzutage, wie noch im Pflichttheilsrecht berührt werden ſoll, beſtritten. Doch liegt ein ſchwer zu beſeitigendes Zeugniß für die bejahende Anſicht in der Erzählung bei Valer. Max. VII. 7. 2. Sprachen aber in dem dort mitgetheilten Rechtsfalle aus der Zeit des Pompejus die Centumvirn auf die Klage eines in Adoption gegebenen Sohnes die Reſciſſion des väterlichen Teſtaments aus, ſo ſcheint geſagt werden zu müſſen, daß

---

[8]) Vergl. fr. Vat. § 255 (= Papin. l. 31 § 2 D. de donat. 39. 5) § 260. 261. Dazu § 6 J. de legat. 2. 20. l. 6 C. de emanc. 8. 49. Mandry, Familiengüterrecht II S. 196—205 verbunden mit I S. 274. 275.

[9]) Wie reichlich oft der Hausſohn durch das Peculium verſorgt war, hat Ihering gezeigt (Geiſt d. röm. Rechts II. 1 § 32 Anm. 324).

der Zulaſſung der Emancipirten zur Querel kaum ein Bedenken entgegenſtehen konnte. Dennoch iſt der Schluß ein unzuverläſſiger. Die Querel eines in Adoption gegebenen Kindes hatte in der claſſiſchen Zeit, nach der uns in l. 10 C. de adopt. 8. 48 vorliegenden Nachricht, die gemeine Meinung gegen ſich; danach dürfte jene Entſcheidung aus der Zeit der Republik zu den Anomalien gehören, die in der Rechtsſprechung des Centumviralgerichts keine Seltenheit waren. Ueberdies fehlte eben bei der Hingabe in Adoption der Geſichtspunkt, um deſſen willen wir vorhin das frühe Vorkommen eines formellen Notherbenrechts der Emancipirten in Zweifel zogen: das Kind fand bei ſeinem Uebertritt in die fremde Familie ſeine Entſchädigung für die eingebüßte Erbberechtigung nicht in einer Vermögensabfindung, ſondern in der neuen Stellung eines suus des Adoptivvaters. Schlugen nun im einzelnen Falle die damit eröffneten Ausſichten fehl, ſo konnte leicht zu einer Zeit, in welcher das Recht der Querel im Einzelnen noch nicht durchgebildet war, das richterliche Urtheil ſich für einen Pflichttheilsanſpruch des Adoptirten gegen den leiblichen Vater entſcheiden, auch wenn ein materielles Notherbenrecht für Emancipirte noch nicht beſtand. — Müßte aber auch das Daſein einer ſolchen Berechtigung für Cicero's Zeit anerkannt werden, ſo zeigt doch wiederum das erwähnte Beiſpiel des in der Adoptivfamilie ſtehenden Kindes, daß daraus für das Beſtehen der bonor. possessio Unde liberi — folgeweiſe auch der contra tabulas — nichts abgeleitet werden könnte.

Weiter wird geltend gemacht, daß die bon. poss. contra tabulas des Patrons gegen den Nachlaß des Freigelaſſenen vor 680 der Stadt beſtanden hat[10]), und daß die emancipirten Kinder des Patrons lange vor der lex Julia et Papia an dieſer bonor. possessio Theil gehabt haben müſſen, da Letztere durch jenes Geſetz auf die Kinder der patrona übertragen wurde[11]). Allein darauf iſt mit Leiſt[12]) zu erwidern, daß die patronatiſche Pflichttheilsberechtigung ein Erſatz war für Verpflichtungen, die urſprünglich dem bisherigen Sclaven bei der Freilaſſung aufgelegt wurden, insbeſondere für die

[10]) Genauer: nach 636 (Edict des Prätor Rutilius, l. 1 § 1 D. de bon. libert. 38. 2) — vor 680 (nach Cic. in Verr. I. 48). — Schmidt S. 70 Anm. 11.

[11]) Gaj. III. 53. (Zu der Stelle Schmidt, Pflichtth.-R. des Patrons S. 23 f. Anm. 50.)

[12]) Forſt. II S. 10 f. Anm. 17.

durch den Prätor Rutilius unter Zurückweiſung weiter gehender Belaſtungen geſtattete societatis actio[13]). Es iſt begreiflich, daß eine Pflichttheilsberechtigung, die in ſolcher Weiſe die Stelle eines bisher durch Rechtsgeſchäft unter Lebenden begründeten vermögensrechtlichen Anſpruchs einnahm, weder an ſich noch in ſeiner Ausdehnung auf die cognatiſchen Deſcendenten des Patrons auf Schwierigkeiten ſtieß. Grade dieſer eigenthümliche geſchichtliche Anlaß jenes Pflichttheilsrechts macht es unmöglich, daß von ihm aus auf die Zeit der Entſtehung des formellen prätoriſchen Notherbenrechts geſchloſſen werde.

Endlich hat man ſich mehrfach auf das Alter der missio ventris nomine und der bonor. possessio Carboniana bezogen: die Erſtere findet ſich bezeugt für die Zeit des Servius und wieder des Labeo, die Zweite für Labeo's Zeit. Allein die knappen, für dieſe Thatſachen vorliegenden Beweisſtellen[14]) geben keine Aufklärung darüber, ob zur Zeit des Servius wie des Labeo ſchon andere Perſonen als die sui auf die von dieſen Juriſten beſprochene Hülfe Anſpruch hatten[15]): demnach läßt ſich auch für jene Zeit das Verhältniß jener Miſſionen zu der bon. poss. contra tabulas nicht feſtſtellen.

Wir gelangen zu dem Ergebniß: es iſt bei dem negativen Satze ſtehen zu bleiben, daß die bonor. possessio contra tabulas der Deſcendenten nicht wohl zu Cicero's Zeit beſtanden haben kann. Daß ſie zur Zeit des Auguſtus in Geltung war, iſt ſicher[16]). Ob ſie dem perſönlichen Eingreifen dieſes Kaiſers ihre Entſtehung verdankt hat, wie Fabricius vermuthet (S. 91—95), iſt nicht zu ſagen.

II. Ich komme zu der Frage, welche Anwendung der bon. poss. contra tabulas als die älteſte zu betrachten iſt. Die Meinungen hierüber ſind getheilt. Auf der einen Seite ſteht die Anſicht, dieſe Notherbfolge ſei um der civilen Notherben willen eingeführt. Danach wäre Zweck der Neuerung geweſen, den Erben zum Beſitz der Erbſchaft zu verhelfen, vor Allem zu dem mittelſt des interdictum Quorum bonorum zu erlangenden Beſitz der körperlichen Sachen[17]).

---

[13]) l. 1 D. de bon. libert. 38. 2. Näheres über die geſchichtliche Entwicklung bei Schmidt, Pflichtth.-R. S. 4—11.

[14]) l. 1 § 24. 29 de ventre in poss. 37. 9. l. 9 D. de Carbon. edict. 37. 10.

[15]) Vergl. Hingſt S. 153.

[16]) Vergl. den dem Labeo zugeſchriebenen Ausſpruch in l. 8 § 11 D. de bon. poss. co. tab. 37. 4.

[17]) So Francke S. 121 f. Schmidt S. 65—68.

Näher ausgeführt iſt dieſe Meinung von Schmidt. Nach ihm war es überhaupt die urſprüngliche Aufgabe der bonor. possessio, dem Civilerben den Beſitz des Vermögens, damit den doppelten Vortheil der Erſitzung pro herede und der Beklagtenrolle zu verſchaffen. Von dieſem Standpunkt aus ſoll man es als das Natürlichſte zu betrachten haben, daß die contra tabulas ſo früh vorhanden war, als es eine bonor. possessio gab. Denn zu der Zeit, wo der Prätor über dieſe zu ediciren begann, hätten zuverläſſig die Anfänge des civilen Notherbenrechts beſtanden; an dieſe aber hätte ſich eine contra tabulas bon. poss. anlehnen können, die beſtimmt war, den Intereſſen der sui zu dienen, demnach adjuvandi juris civilis gratia ertheilt wurde. — Die herrſchende Meinung[18]) nimmt umgekehrt an, die contra tabulas ſei in ihrer älteſten Geſtalt auf die Emancipirten berechnet geweſen; Hingſt, der zu den Anhängern dieſer Meinung gehört, läßt dabei die Möglichkeit zu, daß gleichzeitig den civilen Accrescenzerben die vollen Vortheile der prätoriſchen Notherbfolge zugewendet wurden. Nach Leiſt[19]) ſoll die neue prätoriſche Schöpfung nur die Accrescenzerben, damit die Aufhebung der Beſchränkungen im Auge gehabt haben, welchen dieſe Claſſe der sui im Vergleich zum Hausſohn und zu den postumi sui unterlag.

Ich halte die zweite Anſicht für die richtige. Die Behauptung, das neue Inſtitut ſei in ſeinen erſten Anfängen von denjenigen civilen Notherben ausgegangen, deren Uebergehung nach Civilrecht Nichtigkeit des Teſtaments erzeugte (dem lebenden Hausſohn, dem postumus suus), läßt ſich nach meinem Dafürhalten am wenigſten begründen. Bei dieſen beſtand von vorn herein nur ein beſchränktes Bedürfniß einer vom Prätor zu gewährenden Hülfe, da ihnen in Folge der Nichtigkeit des Teſtaments ihr civiles Inteſtaterbrecht zur Seite ſtand[20]). Nur die Möglichkeit des Gebrauchs des interdictum Quorum bonorum,

[18]) Für dieſe außer Andern Bluntſchli S. 67. Mühlenbruch 37 S. 4 f. in Anm. 2. Hingſt, comment. de bon. poss. S. 146 ff. beſ. S. 148. Der Hauptſache nach gehört hieher auch Fabricius, bon. poss. S. 92; doch ſpricht Letzterer (S. 38. S. 101 Anm. 132) die Vermuthung aus, daß vor dem Aufkommen der regelmäßigen prätoriſchen Notherbfolge eine contra tabulas mit weſentlich abweichendem Inhalt für den übergangenen Hausſohn aufgeſtellt ſei. Uebereinſtimmend Vangerow II § 398 Anm. unter 3.

[19]) Bonor. poss. II. 1 S. 76—83. S. 150. Fortſ. III S. 107—110.

[20]) l. 15 pr. D. de legat. praest. 37. 5. l. 13 C. de jure delib. 6. 30. Vergl. noch Anm. 6.

zur Erlangung des Beſitzes der Erbſchaftsſachen, mußte für ſie von Intereſſe ſein; aber beſtimmt war ihnen dieſes Interdict lange vor dem Aufkommen der bon. poss. contra tabulas zugänglich gemacht, indem ſie die bonor. possessio ſofort in der Claſſe Unde legitimi nachſuchen konnten[21]). Es kommt hinzu, daß ein wichtiges Rechtsinſtitut, welches mehr als vieles Andere der bon. poss. contra tabulas einen eigenthümlichen Inhalt verleiht, — das Edict de legatis praestandis — bei jenen Perſonen aus der Claſſe der sui keine Anwendung fand. Denn dem ſogleich bei der Errichtung des Teſtaments vorhandenen Hausſohne wird mit ausdrücklichem Hinweis auf ſeine civile Inteſtaterbberechtigung die Befreiung von den Vermächtniſſen auch für den Fall zugeſtanden, daß er die contra tabulas nachſucht[22]). Daſſelbe aber iſt von den postumi sui zu ſagen, bei denen der gleiche Grund zutrifft.

Man wird hiernach den erſten Anſtoß zu dieſer bonor. possessio in der Rückſicht auf andre, als die ſoeben genannten Notherben zu ſuchen haben. Dabei darf insbeſondere auf die Bemerkung von Schmidt kein Gewicht gelegt werden, daß die bonor. possessio als Ganzes um der Civilerben willen in's Leben gerufen ſei. Zunächſt ſcheint uns dieſe Auffaſſung mit Rückſicht auf die mannigfachen Intereſſen, denen die bonor. possessio zu dienen hatte, zu eng zu ſein[23]). Und abgeſehen davon würde ſich aus jenem Satze nichts in Betreff der Gründe entnehmen laſſen, welche die *contra tab.* bon. poss. in's Leben gerufen haben; jedenfalls iſt ja dieſe, wie unter I gezeigt wurde, erſt zu einer Zeit entſtanden, wo das Inſtitut der bonor. possessio längſt in vieljähriger Uebung ſtand.

Nach dem Bisherigen muß geſagt werden, ob das Inſtitut bei ſeiner Begründung an die Accrescenzerben oder an die gewaltfreien Deſcendenten, vor Allem die Emancipirten, angeknüpft hat. Dem Gedanken, daß die Erſteren den Anſtoß gegeben haben, iſt ſchon von anderer Seite entgegengehalten, daß danach Mark Aurel (Gaj. II.

---

[21]) Arg. l. 32 D. de lib. 28. 2. l. 1 § 9 D. si tabulae 38. 6. Dazu Leiſt, Fortſ. III S. 107 f.

[22]) Paul. l. 15 pr. D. de legat. praest. 37. 5: — quia et non petita bonorum possessione intestati hereditatem obtineret —. Ulp. l. 16 D. eod.: — cum rem ab intestato habeat —.

[23]) Vergl. die Ausführung bei Leiſt, Fortſ. I S. 317—321 in Verbindung mit der Recenſ. von G. Hartmann, krit. Vierteljſchr. XIII S. 541—543.

125. 126.) zu einem nicht geringen Theile — in Anwendung auf die Frauen — eben den Rechtsſatz wieder aufgehoben hätte, in welchem doch der Urſprung der contra tabulas gelegen haben ſoll[24]). Dieſer Einwurf wird durch den Hinweis auf die veränderten Zeitanſchauungen[25]) doch wohl nicht völlig entkräftet. Außerdem ſteht jene Erwägung nicht allein. Die Accrescenzerben hatten doch immer ein Notherbenrecht, und wenn dieſes bei den Frauen noch in der Zeit der Antonine gemindert wurde, ſo iſt es nicht wohl glaublich, daß daſſelbe aus ſich ſelbſt heraus etwa zur Zeit des Auguſtus zu ſeiner Erweiterung Veranlaſſung gegeben haben ſollte. Dagegen fehlte es den Emancipirten und ſonſtigen cognatiſchen Deſcendenten an jedem formellen Notherbenrecht, und doch drängte die Richtung der Zeit dahin, ſie mehr und mehr den gewaltunterworfenen Nachkommen an die Seite zu rücken[26]). Dies macht es in hohem Grade wahrſcheinlich, daß es bei der bon. poss. contra tabulas vor Allem darauf ankam, jenen Gewaltfreien Hülfe zu gewähren. Leiſt weiſt zur Widerlegung dieſer Annahme darauf hin, daß die Verbeſſerung der Rechtsſtellung der Emancipirten, im Notherbenrecht wie ſonſt, ſich in der Form ihrer Gleichſtellung mit den sui vollzogen hat, — mittelſt der Fiction, als ſei das Ausſcheiden aus der Gewalt nicht erfolgt. Nun habe man aber doch unmöglich dieſe Rechtsform im prätoriſchen Recht auf einen emancipirten Enkel anwenden können, wenn dem in der Gewalt verbliebenen suus ſelbſt die rechtliche Stellung, welche der Prätor den Notherben zuwies, noch nicht zu Theil geworden war. Das würde von Gewicht ſein, wenn es ſich um einen ſpeziell auf die entfernteren gewaltfreien Deſcendenten bezüglichen Rechtsſatz handelte. Allein wie das Civilrecht den Sohn mit Nachdruck voranſtellt, ſo wird auch der Prätor zunächſt an den emancipirten Sohn gedacht haben. — Nur verſteht es ſich von ſelbſt, da er ſeine Aenderung des Rechts (hier wie bei der geſetzlichen Erbfolge) nicht auf den Sohn beſchränkte, daß er, wenn nicht zu gleicher Zeit, ſo doch bald danach die Accrescenzerben mit zur contra tabulas heranzog.

Kaum bemerkt zu werden braucht, daß es für die Beantwortung der hier erörterten Frage von beſonderer Bedeutung iſt, wie man ſich

[24]) So Hingſt S. 149. Schmidt S. 67 in Anm. 3.

[25]) So Leiſt III S. 108 f.

[26]) Vergl. darüber beſonders die Ausführung bei Hingſt S. 146—148.

das zeitliche Verhältniß zwiſchen der Entſtehung der bon. poss. contra tabulas und der bon. poss. intestati denkt. Nimmt man an, daß Beide gleichzeitig begründet worden ſind — und dafür ſpricht die gleichartige Zuſammenſetzung beider Claſſen —, ſo gewinnt damit unſre Anſicht, daß die contra tabulas b. p. um der gewaltfreien Deſcendenten willen begründet iſt, eine entſcheidende Unterſtützung.

§ 17.

III. Perſonen, welche an der prätoriſchen Notherbfolge Theil haben*).

Schon im Eingang des § 15 wurde hervorgehoben, daß das prätoriſche Notherbenrecht vom Erblaſſer Einſetzung oder Enterbung der *liberi* fordert[1]). Unter dieſen ſind die folgenden Claſſen begriffen.

1. Die *sui*[2]). Zu ihnen gehören auch hier die postumi und Diejenigen, welche postumorum loco ſind[3]).

Neben den sui gelangen zur bon. poss. contra tabulas ſolche gewaltfreie Deſcendenten, welche, ohne in fremder Familie zu ſtehen, aus einem beſonderen Grunde von der hausherrlichen Gewalt des Erblaſſers befreit ſind, während ſie ohne dieſen Grund zu den sui gehören würden. Zu rechnen ſind dahin vor Allem

2. die Emancipirten[4]). In ihnen findet die Rechtsentwicklung, welche zu einer ausgedehnten Zulaſſung gewaltfreier Deſcendenten geführt hat, ihren Mittelpunkt: vom prätoriſchen Recht wird ihnen — und Gleiches gilt von den ſonſtigen im Folgenden zu nennenden Notherben — die Eigenſchaft von liberi des Erblaſſers zugeſchrieben, die ihnen nach Civilrecht mangelt[5]). Die Anlehnung an das Civilrecht aber bezeugt die künſtliche Form, deren ſich der Prätor hier wie ſo oft bei der Aufſtellung neuer Rechtsgrundſätze bedient:

---

*) Mühlenbruch 37 S. 52—72. Schmidt S. 71—79. Leiſt, Forts. III S. 124—129. Vergl. auch Schirmer, Handb. I S. 140—148.

[1]) § 3. 4 J. de exher. lib. 2 13. § 12 vergl. mit § 9 J. de her. quae ab nit. 3. 1. Ulp. 28. 2. 3. l. 1 § 6 D. si tabulae 38. 6. vergl. mit l. 1 pr. D. de b. p. co. tab. 37. 4.

[2]) Ulp. tit. 28 § 3 vergl. mit § 8 eod. § 3. 4 J. cit. § 9. 12 J. cit. l. 1 § 6 cit. l. 1 pr. § 1. l. 13 § 3. l. 14 pr. D. h. t. Vergl. auch l. 1 § 2 D. quis ordo 38. 15.

[3]) l. 1 § 2—5 D. h. t. 37. 4.

[4]) Ulp. 28. 2. § 3 J. cit. § 9—12 J. de her. quae ab int. 3. 1. l. 1 § 6 D. cit.

[5]) Gaj. III. 19. §§ 9. 11 J. de her. quae ab int. 3. 1.

es iſt der Weg der Fiction, der Gewaltfreie wird rescissa capitis deminutione zugelaſſen[6]).

Dieſer Behandlung entſpricht es, daß überall kein formelles Notherbenrecht beſteht gegenüber ſolchen Perſonen, welche keine sui haben können, — alſo nicht gegen Frauen, ſelbſt nicht gegen die Mutter und Großmutter[7]), — ebenſowenig gegen Deſcendenten, mit denen man durch Frauen verbunden iſt, z. B. den mütterlichen Großvater[8]).

Dem unmittelbar durch den Gewalthaber emancipirten Kinde ſteht das andere gleich, welches von demſelben in Adoption gegeben, in der Folge aber vom Adoptivvater vor dem Tode des leiblichen Vaters aus der Gewalt entlaſſen iſt[9]).

Sowohl der Emancipirte wie das ſoeben genannte Kind, welches durch die Adoptivfamilie hindurch gegangen iſt, ſind urſprünglich der Gewalt des jetzigen Erblaſſers unterworfen geweſen; an ſie aber reihen ſich gewiſſe Notherben an, bei denen dieſes Merkmal fehlt. Unter dieſen ſtehen dem Emancipirten zunächſt deſſen nach ſeinem Ausſcheiden aus der Gewalt erzeugte Kinder: ſie werden Notherben des leiblichen Großvaters, ſobald ihr inmitten ſtehender Vater (durch Tod, Eintritt in eine fremde Familie nach zuvoriger Emancipation des Kindes, oder wie ſonſt immer) weggefallen iſt[10]). Ebenſo iſt das Kind eines Emancipirten, welches in der Gewalt des Großvaters zurückgeblieben iſt, ſowie umgekehrt der emancipirte Enkel, deſſen Vater in der (groß-)väterlichen Gewalt verblieb, Notherbe des leiblichen Vaters[11]). —

---

[6]) l. 6 § 1 D. de bon. poss. 37. 1. l. 3 § 5 D. h. t. l. 9 pr. C. Th. de bon. proscr. 9. 42. Vergl. dazu Gaj. III. 26.

[7]) Gaj. III. 71. § 7 J. de exher. lib. 2. 13. l. 4 § 2 D. de b. p. co. tab. 37. 4. l. 13 D. de suis 38. 16.

[8]) Gaj. und § 7 J. citt. l. 4 § 1 in f. C. de lib. praet. 6. 28.

[9]) Gaj. II. 137 (= § 4 in f. J. de exher. lib. 2. 13;) = cum vero emancipati fuerint ab adoptivo patre, tunc incipiunt in ea causa esse, qua futuri essent, si ab ipso naturali patre (emancipati) fuissent. l. 6 § 4 D. h. t.

[10]) l. 3 pr. l. 6 pr. D. h. t. l. 14 § 1 in f. D. eod. Im Fall der letzten Stelle (von African) hat der emancipirte Sohn ſein nach der Emancipation erzeugtes Kind gleichfalls aus der Gewalt entlaſſen, er ſelbſt iſt dann als Arrogirter in eine fremde Familie getreten. Hier hat der Enkel gegenüber dem Nachlaß des leiblichen Großvaters eine bon. poss. *decretalis*. — Ueber l. 3 § 5 cit. vergl. Schmidt S. 77 Anm. 39.

[11]) l. 6 § 2. l. 7. l. 21 D. h. t. l. 9 in f. D. de collat. bon. 37. 6. l. 5 § 1. l. 6 D. Unde lib. 38. 6. — Im erſten Fall des Textes wird die bon. possessio in l. 4 D. de conjung. 37. 8 (Modeſtin) als *decretalis* bezeichnet.

An den in Adoption gegebenen Sohn reihen ſich deſſen in der Adoptivfamilie erzeugte Kinder an, welche vom Adoptivgroßvater oder auch nach deſſen Tode von ihrem Vater emancipirt ſind: ſie erhalten eine bon. poss. *decretalis* gegen den leiblichen Großvater, vor deſſen Ableben ſie ſelbſtändig geworden ſind[12]).

3. Mit dem ſoeben erörterten Hauptfall der Emancipation ſtehen die andern auf gleicher Stufe, in welchen der Deſcendent auf ſonſtigem Wege gewaltfrei geworden iſt. Ulpian ſpricht dieſen Satz in l. 1 § 6 D. h. t. ganz allgemein aus[13]); nach den von ihm gebrauchten Ausdrücken läßt ſich ſeine Aeußerung ſehr wohl auf das ſchon unter 2. erwähnte Kind beziehen, welches zunächſt in Adoption gegeben, dann im Wege der Emancipation wieder aus der fremden Familie herausgetreten war[14]). Ein weiteres Beiſpiel ſtellt Schirmer (S. 144 f.) nach l. 2 D. h. t. l. 9 C. de sent. pass. 9. 51 auf: der Erblaſſer hat eine capitis deminutio magna erlitten, ſpäter iſt er zwar gegen dieſe, nicht aber gegen den Verluſt der hausherrlichen Gewalt in den vorigen Stand eingeſetzt. Man iſt hiernach überall nicht veranlaßt, die bedenklichen Fälle der virgo Vestalis und des flamen Dialis hierher zu ziehen[15]). Von Beiden ſteht feſt, daß ſie ohne capitis deminutio, die Erſte mit der captio, der flamen mit der inauguratio aus der väterlichen Gewalt ausſchieden[16]). Ferner läßt Gellius (I. 12 § 18) den Labeo ſagen: Virgo Vestalis neque heres est cuiquam intestato neque intestatae quisquam, sed bona ejus in publicum redigi ajunt. Danach erſcheint auch die Fähigkeit der Veſtalin zur bon. poss. intestati und folgeweiſe ihr Antheil am Notherbenrecht mehr als zweifelhaft. Und ferner muß man es Angeſichts der Gleichheit der Rechtsgrundſätze über das Ausſcheiden aus der väterlichen Gewalt immerhin möglich finden, daß der flamen Dialis auch in Anſehung der Erbberechtigung nicht anders ſtand, als die Veſtalin[17]).

---

[12]) l. 6 § 4. l. 14 § 1 D. h. t. 37. 4.

[13]) l. 1 § 6 cit.: — sive igitur emancipati sunt, *sive alias exierunt de patris potestate*, admittuntur ad bonorum possessionem —.

[14]) So Schmidt S. 76, der auch den unter gleichen Grundſätzen ſtehenden Fall erwähnt, wo eine Haustochter in die Manus des Ehemanns trat, ſpäter aber wieder aus dieſer ausſchied.

[15]) So noch Francke S. 123 f. Anm. 7. Mühlenbruch S. 70 f.

[16]) Gaj. I. 130. III. 114. Gell. I. 12 § 9.

[17]) Vergl. Schmidt S. 76. Schirmer S. 144 Anm. 57.

4. Weiter konnte das Suitätsverhältniß in Folge davon fehlen, daß der Vater zur Zeit der Erzeugung nicht römiſcher Bürger geweſen war, ſpäter aber zugleich mit dem Kinde die Civität, nicht aber die väterliche Gewalt über daſſelbe ertheilt erhalten hatte. Die Erbberechtigung des Kindes beſtand hier dennoch [18]).

5. Eine Meinungsverſchiedenheit begegnet in den Quellen bei dem Falle, wo der jetzt zu Beerbende in eine fremde Familie getreten war, — genauer ſo: ein gewaltfreier Mann hatte ſich nach der Emancipation ſeines Kindes von einem Dritten arrogiren laſſen und war dann zwar noch als Mitglied der neuen Familie, aber nachdem er durch den Tod des Adoptivvaters ſelbſtändig geworden war, geſtorben. Die von Juſtinian gebilligte Anſicht geſteht gegenüber einem ſolchen in der fremden Familie verſtorbenen [19]) Vater dem Kinde die bon. poss. contra tabulas zu [20]).

Derſelbe Satz — wieder in Anſehung des väterlichen Nachlaſſes — wird gelten müſſen, wenn das Kind in der Gewalt des Großvaters verblieben, ſein Vater aber durch den Großvater einem Dritten in Adoption gegeben war: es iſt nicht einzuſehen, warum das im Hauſe des leiblichen Großvaters verbliebene Kind weniger Rechte haben ſollte, als jenes vom Emancipirten (und ſpäter Arrogirten) aus der Gewalt entlaſſene Kind [21]).

6. Bisher war durchweg von Perſonen zu reden, welchen der Prätor den Zutritt zur Notherbfolge gewährte, obgleich ihnen die Eigenſchaft, von sui abging. Eine abweichende Behandlung tritt in zwei Fällen ein:

Zunächſt bei dem Adoptirten, der vom Adoptivvater wieder aus der Gewalt entlaſſen iſt. Mit dieſer Emancipation iſt das Kind völlig aus dem Kreiſe der liberi ausgeſchieden, es ſteht dem bisherigen Adoptivvater als extraneus gegenüber: darum hat es keine Erbberechtigung [22]).

Auch das vom Vater in Adoption gegebene Kind, ſowie das durch Emancipation oder wie ſonſt gewaltfrei gewordene Kind, welches ſich

---

[18]) Collat. XVI. 7 § 2. Gaj. I. 93. 94. III. 20. Plin. ep. X. 6—8. 11.

[19]) Vergl. Gaj. l. 9 D. h. t. Utrum autem pater adoptivus vivit an defunctus est, nihil interest: nam *hoc solum quaeritur, an in adoptiva familia sit.*

[20]) Afric. l. 14 § 1 D. eod. (hier bon. poss. decretalis). l. 17 D. eod.

[21]) Vergl. l. 3 § 9 D. h. t. Schmidt S. 78 f.

[22]) Gaj. II. 136. § 4 J. de exher. lib. 2. 13. § 11. 12 J. de her. quae ab int. 3. 1. l. 1 § 6. D. Unde liberi 38. 6.

hat arrogiren laſſen, iſt von der Notherbfolge ausgeſchloſſen[23]). Daß dies ſich mit dem Ausſcheiden aus der neuen Familie ändert, iſt ſchon unter 2. bemerkt. Dagegen iſt eine wirkliche Ausnahme von jenem Satze hervorzuheben. Wird ein Kind vom Großvater, in deſſen Gewalt es bei der Emancipation ſeines leiblichen Vaters geblieben war, dem Letzteren in Adoption gegeben, oder gibt umgekehrt der Emancipirte ſeinem Vater ein Kind in Adoption, das er nach der Emancipation gezeugt hat, ſo tritt der in Adoption Gegebene nach römiſcher Anſchauung nicht aus der Familie dort des Großvaters, hier des Vaters; er hat deshalb gegen ihn Notherbenberechtigung[24]). Gleiches hat zu gelten, wenn ein gewaltfreier Deſcendent von einem ſeiner mehreren Aſcendenten arrogirt wird.

IV. Vorausſetzungen der prätoriſchen Notherbfolge.

§ 18.

A. Geeignete Inteſtaterbberechtigung in concreto.

Die prätoriſche Notherbfolge wird in's Leben gerufen durch Präterition eines zur Zeit der Delation der teſtamentariſchen Erbfolge zu den liberi, demnach zu den nächſten geſetzlichen Erben des Erblaſſers gehörigen Deſcendenten; die Uebergehung muß erfolgt ſein in einem zur Begründung der Succeſſion, mindeſtens nach prätoriſchem Recht, geeigneten Teſtamente. Als Erforderniſſe ſind nach einander zu beſprechen: die im einzelnen Fall zutreffende geſetzliche Erbberechtigung des Notherben in der Claſſe Unde liberi, — die Präterition und Behufs näherer Beſtimmung dieſes Begriffs die nach prätoriſchem Recht beſtehenden Anforderungen hinſichtlich der Einſetzung und Enterbung, — die Uebergehung in einem mindeſtens nach prätoriſchem Recht zur Begründung der Erbfolge geeigneten Teſtament, — endlich die Delation der teſtamentariſchen Erbfolge, damit auch der bonor. poss. contra tabulas. Mit der Delation verbinde ich, was über den Erwerb der bon. possessio zu ſagen iſt.

---

[23]) Gaj. II. 137. Ulp. 28. 8. § 4 J. cit. §§ 10. 12. J. de her. quae ab int. 3. 1. l. 6 § 4 D. de b. p. co. tab. 37. 4. — Davon, daß ein ſolches Kind auf Grund ſeiner Einſetzung im Teſtament des leiblichen Vaters zur bon. poss. contra tabulas commisso per alium edicto gelangt, iſt im § 21 unter II zu handeln.

[24]) l. 3 § 7. l. 21 § 1 D. h. t. — In ihrer Bedeutung für das Pflichttheilsrecht kommen dieſe Fälle in § 33 zur Sprache.

Schon hier iſt zu erinnern, daß die prätoriſche Notherbfolge nicht den übergangenen liberi allein angetragen wird. Aus Gründen, die im § 21 zu erörtern ſind, wird die b. p. contra tabulas bei vorliegender Verletzung eines Notherben auch den eingeſetzten liberi deferirt. Auch bei dieſen muß daher das im gegenwärtigen Paragraphen zu betrachtende Erforderniß geſetzlicher Erbberechtigung vorliegen. Eine Ausnahme bilden die in einer fremden Familie ſtehenden Deſcendenten des Erblaſſers, welche im Teſtament eingeſetzt ſind. Davon im § 21 unter III.

Jenes Erforderniß beſtimmt ſich ſo. Der einzelne Deſcendent darf nicht vom Erblaſſer bei deſſen Tode durch einen in der Mitte ſtehenden Erzeuger getrennt, er muß grade ſo, wie es vom Civilrecht gefordert wird, der Nächſte in ſeinem Stamm ſein[1]). Der Grad der Verwandtſchaft iſt dagegen ohne Bedeutung[2]). Aenderungen des der Cognation entſprechenden Rangverhältniſſes unter den Deſcendenten erzeugt die Adoption. So geht ein Enkel, der vom Erblaſſer als Sohn an Stelle des Vaters eines andern Enkels adoptirt wird, dem Letzteren vor[3]). Wird ferner ein emancipirter Enkel von einem lebenden emancipirten Sohn adoptirt, ſo erhält derſelbe vollen Kindestheil neben ſeinem emancipirten Vater[4]).

Eine poſitive Regel hat das Edict für einen Fall aufgeſtellt, in welchem ein suus mit einem gewaltfreien Notherben collidirte. War vom Erblaſſer ein Sohn emancipirt, oder war doch dieſer z. B. durch Hingabe in Adoption von der väterlichen Gewalt befreit, während ein von ihm abſtammender Enkel oder — immer bei unmittelbarer Gewalt — ein noch entfernter ſtehender Deſcendent in der Gewalt des Erblaſſers geblieben war, ſo ſchien nach prätoriſchem Recht der Sohn alleiniger Inteſtaterbe ſein zu müſſen (der in Adoption gegebene wenigſtens im Fall ſeiner Einſetzung ſeinem genannten Deſcendenten bei der Notherbfolge vorgehen zu müſſen). Umgekehrt kam nach Civilrecht dieſe rechtliche Stellung nur dem Enkel zu. Sollte

[1]) So Ulp. l. 1 § 1 D. h. t. Vocantur autem ad contra tabulas bonorum possessionem liberi eo jure eoque ordine, quo vocantur ad successionem ex jure civili. Mit Recht nimmt Leiſt an (III S. 109), daß das Edict über die b. p. contra tabulas eine Beſtimmung dieſes Inhalts enthielt. Vergl. l. 8 § 14 l. 11 § 1 D. h. t. l. 25 D. de legat. praest. 37. 5.

[2]) Hierüber noch l. 3 § 1 in f. l. 13 § 1 D. h. t.

[3]) l. 3 § 1 D. h. t.

[4]) Vergl. l. 13 § 3 D. h. t.

hier der Eine den Andern ausſchließen? Oder ſollten Beide neben einander ſuccediren, dabei etwa der Enkel im Fall der Uebergehung allen Miterben accresciren, der übergangene Emancipirte alle Miterben beſchränken? Hier beſtimmte eine erſt von Julian unmittelbar vor der Fixirung des Edicts aufgeſtellte Edictsclauſel (nova clausula Juliani), der Emancipirte ſolle mit ſeinem in der Gewalt des Erblaſſers verbliebenen Deſcendenten denjenigen Erbtheil erhalten, der ihm nach geſetzlicher Erbfolge gebührt hätte, wenn er nicht aus der Gewalt geſchieden wäre[5]). Bedingung der Verbindung iſt, daß der Enkel nicht enterbt iſt. Entſprechend dieſer Verbindung Beider conferirt der emancipirte Sohn nur ſeinem Deſcendenten[6]), auch findet Anwachſung zunächſt nur unter den Verbundenen ſtatt[7]). Von dem Erbtheile, welcher dem Emancipirten und ſeinen berechtigten Deſcendenten zufällt, erhält der Erſtere die eine Hälfte, die andere Hälfte kommt an den oder die (mehreren) Deſcendenten[8]). Die herrſchende Anſicht nimmt an, daß bis auf die erwähnte Neuerung Julian's der in der Gewalt gebliebene — eingeſetzte oder übergangene — Enkel durch ſeinen Vater ausgeſchloſſen wurde, demnach das civile jus adcrescendi des Enkels unwirkſam blieb[9]). Dieſe Annahme findet keine genügende Stütze an den Quellen[10]), und an ſich iſt die behauptete Zurück-

[5]) l. pr. § 1. 2. l 3 D. de conjung. 37. 8. l. 5 pr. D. Unde liberi 38. 6. l. 13 § 2 D. h. t. 37. 4. — Näheres bei Förſter S. 259—272. Vangerow II § 472 Anm. unter III. Leiſt, Fortſ. III S. 131—137.

[6]) l. 1 pr. § 14—17 cit. l. 5 pr. D. cit. l. 3 § 6. D. de collat. bon. 37. 6.

[7]) l. 1 § 12 D. de conjung. 37. 8 l. 12 pr. D. de b. p. co. tab. 37. 4.

[8]) l. 1 pr. § 3. 11. l. 7 D. de conjung. 37. 8.

[9]) Vergl. z. B. Leiſt bon. poss. II. 1 S. 154—156. Schmidt S. 80. Entgegengeſetzter Anſicht iſt Förſter S. 268—270.

[10]) Für die gemeine Meinung könnte höchſtens angeführt werden a. *l. 1 § 6 D. de conjung. 37. 8:* — totiens enim nepoti *consulendum* est, quotiens in potestate retentus est patre emancipato. — Aber das „consulendum est" findet eine ausreichende Erklärung in der Annahme, daß es bis auf Julian ſtreitig war, wie die Intereſſen des Sohnes und des Enkels zu vereinigen ſeien. b. l. 3 D. eod., ſofern dort bemerkt wird, daß dem Enkel die bon. poss. neben ſeinem Vater zukomme propter id caput edicti, quod a Juliano introductum est cet. Indeſſen ſchließt das nicht aus, daß bis dahin der eingeſetzte Enkel auf Grund des Teſtaments antreten, der übergangene Enkel ſeinen civilen notherbrechtlichen Anſpruch verfolgen konnte. — Gegen jene Meinung ſprechen: a. der Umſtand, daß die Clauſel Julian's deutlich den Fall ausnimmt, wo der Enkel enterbt war (l. 1 pr. D. eod.). Sollte die Enterbung des doch blos durch Accrescenzrecht geſchützten Enkels beim Vorhandenſein ſeines emancipirten Vaters bis auf Julian in Uebung

ſetzung eines suus wenig glaublich. Die Aufſtellung der neuen Clauſel durch Julian kann ſehr wohl, wie ſchon oben angedeutet wurde, durch Zweifel darüber veranlaßt ſein, ob das Accrescenzrecht des Enkels in dem hier vorliegenden Falle nur den Emancipirten, oder ob es alle Erben zu beſchränken habe, — ſowie umgekehrt ob der Erbtheil des Emancipirten auf Koſten aller Miterben oder nur des von ihm abſtammenden suus auszuweiſen ſei.

§ 19.

B. Präterition.

Zur Beantwortung der Frage, wann Uebergehung eines Notherben vorliegt, ſind die Anforderungen des prätoriſchen Rechts in Anſehung der Erbeseinſetzung und Enterbung zu beſprechen.

I. Erbeseinſetzung[1]).

Der Prätor hat im Allgemeinen die civilrechtlichen Erforderniſſe in Anſehung der Einſetzung und Enterbung feſtgehalten. Demgemäß wird auch hier Ernennung zum Erben[2]) und perſönliche Ernennung des Notherben[3]) gefordert.

Eine abweichende Ausbildung hat das Recht der bon. poss. con-

---

geblieben ſein, wenn es feſtſtand, daß der Emancipirte den Enkel ausſchloß? b. Die *l. 1 § 14 D. eod.* Nach der Stelle erſcheint der emancipirte Sohn, der neben einem zweiten Emancipirten und einem von dieſem abſtammenden hausunterthänigen Enkel zur bon. possessio gelangt, dem Enkel collationspflichtig. Wenn die herrſchende Meinung Recht hat, ſo wäre dieſe Collationspflicht erſt in Folge der *nova clausula Juliani* in's Leben getreten: denn der bis dahin allein zur Erbfolge gelangende emancipirte Vater dieſes suus konnte Collation nicht fordern. Würde wohl Ulpian eine ſolche neu entſtandene Collationspflicht, ſo wie es in der Stelle geſchieht, als etwas Selbſtverſtändliches behandelt haben? c. Schon Förſter hat darauf aufmerkſam gemacht, daß der Anſpruch des Enkels auf die contra tab. b. p. eben ſo ſehr von der bon. possessio des Sohnes unabhängig iſt, wie dieſe von jenem. Vergl. l. 1 § 3—5. l. 3 D. de conjung. 37. 8. l. 5 D. eod.

[1]) Francke S. 130. 131. Mühlenbruch 37 S. 74—81. Schmidt S. 81—85. Leiſt, Forſt. III S. 142—148 verbunden mit II S. 118—126.

[2]) Daß die Zuwendung eines Erbſchaftsvermächtniſſes auch der prätoriſchen Formvorſchrift nicht genügt, zeigt l. 27 § 12 D. ad SC. Trebell. 36. 1. Anders iſt es ſelbſtverſtändlich, wenn neben einem ausgeſetzten Vermächtniß eine Enterbung ſteht: hier kommt für das formelle Notherbenrecht nur die Letztere in Betracht. Ein Beiſpiel bietet die Enterbung in wohlmeinender Abſicht mit Vermächtnißzuwendung. l. 16 § 2 D. de curat. fur. 27. 10. l. 12 § 2 D. de bon. libert. 38. 2. Davon im Pflichttheilsrecht (§ 43). — Ueber die l. 16 D. h. t. vergl. einſtweilen Schmidt S. 82 f. Anm. 54.

[3]) l. 3 § 15 D. h. t. 37. 4.

tra tabulas bei der bedingten Erbeseinſetzung erhalten. Der Prätor läßt jede, auch die caſuelle Bedingung der Einſetzung, ſofern ſie nicht etwa ſchon beim Tode des Erblaſſers ausgefallen, damit die Einſetzung ſelbſt beſeitigt iſt[4]), vor der Hand die Notherbfolge ausſchließen: der Eingeſetzte erhält nicht die contra tabulas, ſondern die secundum tabulas bon. possessio[5]). Demgemäß bedarf es inſoweit auch bei der nicht vom Willen des Eingeſetzten abhängigen Bedingung der Enterbung für den entgegengeſetzten Fall nicht. Fällt in der Folge die Bedingung aus, ſo iſt nun an ſich die bonor. poss. contra tabulas begründet; indeſſen wird eine neue bon. possessio nicht ertheilt, vielmehr die ertheilte secundum tabulas ſo behandelt, als wäre die contra tabulas verliehen[6]). Von dieſem Fall handelt auch Ulp. l. 5 pr. D. de bon. poss. sec. tab. 37. 11, eine Stelle, welche wegen einer kritiſchen Schwierigkeit in neuerer Zeit viel beſprochen iſt:

> Si sub condicione heres quis institutus sit et accepta bonorum possessione secundum tabulas condicio defecerit, interdum evenit, ut res possessori concedenda sit, ut puta si filius sit emancipatus sub condicione heres institutus: *nam si defecerit condicio, attamen secundum tabulas bonorum possessionem eum accipere* Julianus scribit. sed et si is fuerit, qui ab intestato bonorum possessor futurus esset, tuendum esse scripsit, et hoc jure utimur.

Der mit „nam si“ eingeleitete Satz iſt augenſcheinlich corrumpirt, da an eine Ertheilung b. p. secundum tabulas nach ausgefallener Bedingung nicht zu denken iſt. Ich kann nicht umhin, die nicht geringe

---

[4]) Vergl. l. 3 § 12 in f. D. h. t.

[5]) l. 3 § 12—14. l. 18 D. h. t. l. 2 § 1. l. 5 pr. D. de bon. poss. sec. tab. 37. 11. — In l. 23 § 1 D. de her. inst. 28. 5 iſt überall nicht davon die Rede, daß bei der Einſetzung unter poteſtativer Bedingung die Ertheilung der bon. possessio von der Erfüllung der Bedingung abhängig gemacht würde. Die Stelle handelt von der Verzögerung des Erbſchaftserwerbs: hier ſoll wegen der Natur der Bedingung, wenn der Berufene die Erfüllung verweigert, und mit Rückſicht darauf die bonor. possessio nachzuſuchen unterläßt, eine Friſt zur Erfüllung, damit zum Erbſchaftserwerb beſtimmt werden, grade als wäre die Einſetzung eine unbedingte. Vergl. Arndts II S. 89 Anm. 144. Windſcheid III § 554 Anm. 8. Schmidt S. 84 Anm. 57. Ungenau Mühlenbruch Fortſ. 41 S. 191 f.: er ſieht in der Stelle einen Fall, in welchem die bon. possessio nicht gegeben oder doch unwirkſam würde.

[6]) l. 3 § 13 D. de b. p. co. tab. 37. 4. l. 2 § 1 D. de b. p. sec. tab. 37. 11.

Zahl der Emendationsverſuche um einen neuen zu vermehren[7]). Soviel ſcheint unbeſtreitbar, Ulpian will ſeine an die Spitze geſtellte Aeußerung durch ein Beiſpiel erläutern. Dort aber hat er bemerkt, dem unter aufſchiebender Bedingung Berufenen, der während ſchwebender Bedingung die bon. poss. secundum tabulas erbeten habe, ſei unter Umſtänden auch nach ausgefallener Bedingung das Vermögen zu belaſſen. Zum Beweiſe wird an erſter Stelle auf den unter einer ſolchen Bedingung eingeſetzten emancipirten Sohn verwieſen; von ihm aber wollen wohl die oben bei der Wiedergabe des Fragments durch den Druck ausgezeichneten Worte nichts Anderes ſagen, als was die beiden Stellen der Anm. 6 enthalten: fällt die Bedingung aus, ſo wird die nachgeſuchte b. p. secundum tabulas ſo behandelt, als wäre die contra tabulas erbeten. Hält man an dieſer Gedankenverbindung feſt, ſo bietet ſich die folgende leichte Textesänderung:

— attamen secundum tabulas bonorum possessionem *ei sufficere* —.

Der Schluß der l. 5 pr. cit. geht zum geſetzlichen Erben über. Daß dieſem auf Grund der secundum tabulas die Erbſchaft belaſſen werden ſoll, da er doch jedenfalls die bon. poss. intestati erhalten müßte, entſpricht vollkommen dem Zuſammenhang wie dem erſten Beiſpiel der Stelle. Eine andere Auffaſſung, die wir uns nicht zu

[7]) Eine Ueberſicht und Beurtheilung dieſer Vorſchläge (von Förſter, Francke, Ad. Schmidt und Th. Mommſen) findet ſich bei Leiſt, Fortſ. II S. 122—124. Unter ihnen empfiehlt ſich am meiſten die von Schmidt vorgeſchlagene Umwandlung des „accipere“ in „retinere“: ſie gibt demſelben Gedanken Ausdruck, den ich im Text als den richtigen bezeichne und meinem Vorſchlage zu Grunde lege. — Verwerflich iſt meines Erachtens die Auslegung, zu welcher am Schluß ſeiner Erörterung (S. 125) Leiſt gelangt. Nach ihm ſoll das in der Stelle beigebrachte Beiſpiel des emancipirten Sohnes folgenden Gedanken enthalten. Bisweilen iſt das Vermögen dem bon. possessor zu belaſſen, z. B. wenn ein emancipirter Sohn unter einer Bedingung zum Erben eingeſetzt und dieſe noch nicht ausgefallen iſt, ſo hat er nach Julian trotz ſeines eventuellen Notherbenrechts zunächſt doch secundum tabulas zu empfangen. Um dieſen Sinn herzuſtellen, will Leiſt das „nam si“ in „necdum“ verwandeln. Allein damit wäre der Zuſammenhang des mit „ut puta“ eingeleiteten Gedankens mit dem voraufgehenden allgemeinen Ausſpruch völlig zerriſſen. Denn Letzterer verlangt als Anwendung einen Fall, bei welchem die rechtliche Stellung des bedingt zur Erbſchaft Berufenen nach ausgefallener Bedingung in Frage kommt. Auch iſt die im Text der Florentina gegebene Anknüpfung mit „nam si“ eine ſo natürliche, ſie paßt ſo vollkommen zu dem folgenden Uebergange auf das zweite Beiſpiel („sed et si“ cet.), daß die Textesänderung auf dieſem Punkte gewiß nicht einſetzen darf.

eigen machen können, vertritt Leiſt (III. S. 147 f.). Nach ihm ſoll man bei dem „is — qui ab intestato bonorum possessor futurus esset“ an den Hausſohn und den postumus suus zu denken haben. So hätte ſich Ulpian gewiß nicht ausgedrückt. Denn vorher wird der Emancipirte ſchlechthin als „filius emancipatus“ bezeichnet, und im § 1 der Stelle heißt derſelbe ſchlechthin „filius“ im Gegenſatz zu den ceteri d. i. den ſonſtigen geſetzlichen Erben[8]).

Wie aber wird nach prätoriſchem Recht die Einſetzung unter einer unmöglichen oder unerlaubten Bedingung behandelt? Soviel ich ſehe, lehrt man heutzutage allgemein, es habe hier nicht der bei der civilen Notherbfolge maßgebende Ausſpruch Papinians Platz zu greifen, wonach die unmögliche Bedingung die Einſetzung und damit das Teſtament vernichtet: l. 15 D. de condic. instit. 28. 7, vergl. oben S. 75; vielmehr ſei die allgemeine Regel des Erbrechts zur Anwendung zu bringen, wonach die unmögliche Bedingung als nicht beigefügt gilt[9]). Die meiſten Schriftſteller begnügen ſich mit dem Hinweiſe auf die Argumentation der l. 15 cit., welche die unerlaubte Bedingung mit dem Satze unverträglich findet, daß der (von Papinian allein erwähnte) Hausſohn nur unter poteſtativer Bedingung gültig eingeſetzt werden kann. Allein damit wird nichts begründet. Die unerlaubte oder unmögliche Bedingung entſpricht nicht den Anforderungen des civilen Notherbenrechts, weil dieſes nur eine vom Willen des Eingeſetzten abhängige Bedingung erträgt: darum vernichtet ſie die Erbeseinſetzung. Auch das prätoriſche Notherbenrecht aber läßt eine caſuelle Bedingung nicht genügen; nur gewährt es die bon. poss. contra tabulas nicht ſofort, ſondern erſt dann (im Gewande der von vorn herein zu erbittenden secundum tabulas),

---

[8]) Wie geläufig den Römern der Gedanke war, dem Eingeſetzten mit Rückſicht auf ſeine einfache geſetzliche Erbberechtigung eine wirkſame b. p. secundum tabulas zu gewähren, zeigt die bekannte l. 12 pr. D. de injusto 28. 3 von Gajus, die ich im Auszug hieher ſetze: Postumus praeteritus vivo testatore (natus del. Momms.) decessit: licet juris scrupulositate nimiaque subtilitate testamentum ruptum videatur, attamen, si signatum fuerit testamentum, bonorum possessionem secundum tabulas accipere heres scriptus potest remque optinebit —. idem et circa injustum et irritum testamentum erit dicendum, *si bonorum possessio data fuerit ei, qui rem ab intestato auferre possit.* Vergl. auch l. 2 D. eod.

[9]) So Förſter S. 283 f. Francke S. 131. Mühlenbruch 37 S. 79. Bangerow § 469 II B. S. 231. 232. Schmidt S. 83.

wenn die Bedingung ausgefallen iſt. Nun iſt die unerlaubte oder unmögliche Bedingung nicht einmal eine caſuelle; vielmehr ſteht ihr nur die ſchon zur Zeit der Errichtung des Teſtaments defi-cirte Bedingung gleich[10]). Folglich muß hier von Anfang an in Conſequenz des civilen Rechtſatzes die contra tabulas bon. possessio deferirt werden.

Eine ernſtliche Begründung der bezeichneten herrſchenden Anſicht hat nur Ad. Schmidt unternommen: er hebt hervor, die l. 2 § 1 D. de b. p. sec. tab. 37. 11 ſpreche dem (bedingt) Eingeſetzten allgemein die secundum tab. b. p. zu, „qualisqualis condicio sit"; die l. 18 D. de b. p. co. tab. 37. 4 ſpreche ihm eben ſo allgemein die bon. poss. contra tabulas ab. Ueberzeugend wird man aber auch dieſe Ausführung nicht finden können. Die l. 2 § 1 cit. redet vom eingeſetzten Sohn: wenn ſie dieſem trotz jedweder Bedingung (qualisqualis) vor der Hand nur die bon. poss. secundum tabulas gewährt, ſo iſt dabei als Gegenſatz die poteſtative Bedingung in's Auge gefaßt, die nach Civilrecht allein zugelaſſen wird[11]). Wenn die l. 18 cit. von dem unter einer Bedingung eingeſetzten Notherben bemerkt, er werde von der bon. poss. contra tabulas ausgeſchloſſen, ſo findet man darin ohne Streit den Satz, daß bei ſchwebender Bedingung lediglich eine secundum tabulas b. p., nur bei Ausfall der Bedingung eine contra tabulas möglich iſt. Eben dieſer Satz führt bei der unmöglichen Bedingung, wie wir vorhin zeigten, zur ſofortigen Zulaſſung der contra tabulas bon. possessio.

II. Enterbung[12]).

Die Regeln des prätoriſchen Rechts über die Enterbung ſind ſehr einfach. Im Ganzen gelten die Grundſätze des Civilrechts[13]); doch

[10]) l. 6 § 1 D. de cond. et dem. 35. 1 Savigny, Syſt. III S. 163.

[11]) Davon überzeugt man ſich, ſobald man den Gedanken der l. 2 § 1 cit. vollſtändig in's Auge faßt: Si sub condicione heres institutus filius sit, Julianus peraeque putavit secundum tabulas competere ei quasi scripto bonorum possessionem, qualisqualis condicio sit, *etiam si haec* „si navis ex Asia venerit" —.

[12]) Francke S. 131 f. Mühlenbruch S. 82—88. Schmidt S. 85 f.

[13]) Allgemeine Anerkennung, daß die Enterbung den rückſichtlich der Form beſtehenden Grundſätzen entſprechen müſſe: l. 8 § 2 D. h. t. 37. 4. Demgemäß ungültig die bedingte und die nicht auf alle Erbtheile ausgedehnte Enterbung: l. 18 pr. l. 8 § 3 D. eod. — Erforderlich Enterbung von dem Grade, welcher für die Delation der Erbſchaft aus dem Teſtament und damit der bon. poss. contra tabulas in Frage kommt, l. 8 § 1. 5 D. eod. Schmidt S. 86.

dehnt der Prätor die nach Civilrecht nur für den Sohn geltende Vorſchrift namentlicher Enterbung auf alle männlichen Deſcendenten aus[14]). Bei weiblichen Deſcendenten läßt auch das prätoriſche Recht Enterbung inter ceteros genügen; endlich iſt auch an den Grundſätzen in Anſehung der postumi sui nichts geändert[15]).

§ 20.

C. Verletzung durch ein mindeſtens nach prätoriſchem Recht gültiges Teſtament*).

Damit es zur bon. poss. contra tabulas kommen könne, muß mindeſtens ein prätoriſcher Erbe übergangen ſein. Vorausgeſetzt iſt das Vorhandenſein eines Teſtaments, aus welchem die Erbſchaft gültig nach Civilrecht angetreten oder doch die bon. poss. secundum tabulas erbeten werden kann. So Tryphonin l. 19. D. h. t.:

Quod vulgo dicitur liberis datam bonorum possessionem contra lignum esse sic intellegendum est, *ut sufficiat extitisse tabulas mortis tempore patris, ex quibus vel adiri hereditas vel secundum eas bonorum possessio peti potuit*, quamvis neutrum eorum postea secutum sit vel (modo? Momms.) sequi potuit[1]) —.

Eine conſequente Anwendung dieſes Satzes enthält Gaj. l. 12 § 1 D. h. t. bei folgendem Rechtsfalle. In einem früheren, nach Civilrecht gültigen Teſtament hat der Erblaſſer einen suus enterbt; in einem zweiten nur prätoriſch gültigen Teſtament iſt der suus über-

---

[14]) Das iſt bei Ulp. 22. 23. Gaj. II. 135 nur für die Emancipirten ausgeſprochen; aber nach Gaj. II. 129. § 3 J. de exher. lib. 2. 13. l. 4 C. de lib. praeter. 6. 28. wird man den Satz auch auf die den sui angebotene b. p. contra tabulas zu beziehen haben. (Daß Gaj. II. 129 keine Beſtimmung des prätoriſchen Rechts bezüglich des Sohnes enthielt, führt Leiſt III S. 139 f. aus, auf Grund von Studemund's Vergleichung der Handſchrift.)

[15]) Gaj. II. 123. Ulp. 22. 23. § 3 J. cit.

*) Francke S. 132—135. Mühlenbruch 37. S. 6—8. Schmidt S. 86—88. Leiſt II S. 16 f. S. 119 f.

[1]) Läßt man das „vel sequi potuit“ unverändert, ſo muß man die Worte mit Schmidt S. 89 Anm. 71 im Gegenſatz zum Nichterwerb in Folge Ausſchlagens („quamvis neutrum eorum — secutum sit“) auf ſonſtige Verhinderung des Erwerbs beziehen. Indeſſen würde die Faſſung der Stelle bei der leichten von Th. Mommſen angeregten Veränderung eine weit weniger gezwungene ſein. Gegen dieſe erklärt ſich Leiſt, Fortſ. II S. 55 Anm. 76, weil die contra tabulas b. p. die Möglichkeit des Erwerbs der Teſtamentserben nur für die Zeit des Todes des Erblaſſers fordere. Aber etwas Anderes würde auch nach der vorgeſchlagenen Aenderung nicht in der Stelle liegen.

gangen: hier ſoll gegen das zweite Teſtament mit Erfolg die bon. poss. contra tabulas nachgeſucht werden können, wenn die eingeſetzten Erben bei Nichtvorhandenſein des suus die Erbſchaft (als nächſte Inteſtaterben) auf Grund der b. p. secundum tabulas behaupten könnten. Gajus knüpft daran die allgemeine Regel:

et ita jus habet, ut, cum is, contra quem filius petit bonorum possessionem, amoto filio possit optinere hereditatem, filius quoque recte videatur petere bonorum possessionem, si vero ille non possit optinere hereditatem, filius quoque excludatur [2]).

Die Bedeutung des hier ausgeſprochenen Grundſatzes iſt eine zweifache. Zunächſt erklärt der Prätor die von ihm begründete beſondere Notherbfolge davon abhängig, daß ein Teſtament vorliegt, dem wenigſtens das prätoriſche Recht Geltung zuſchreibt. Iſt es doch ein weſentliches Merkmal dieſer Notherbfolge, daß ſie dem letzten Willen mit möglichſter Schonung gegenübertritt, ihm in mannigfachen Beziehungen die Wirkſamkeit beläßt. Fehlt es daher an einem Teſtament der beſchriebenen Art, ſo läßt auch das prätoriſche Recht von vorn herein die (reine) Inteſtaterbfolge deferirt werden. Sodann zeigt aber auch die l. 12 § 1 cit., daß auf den Notherben die beſonderen Vortheile übertragen werden, welche die bon. poss. secundum tabulas aus einem ſolchen Teſtament gewährt. Weil Letzteres trotz der bon. poss. contra tabulas in Geltung bleibt, wird ihm die aufhebende Kraft gegenüber dem früheren civilen Teſtament belaſſen und dadurch der in dieſem ausgeſprochenen Enterbung des im zweiten Teſtament übergangenen Sohnes die Bedeutung entzogen.

Wie im Eingang dieſes Paragraphen erwähnt wurde, iſt erforderlich, daß der Erbſchaftserwerb auf Grund des Teſtaments möglich ſei. Darin liegt, daß der Erblaſſer und mindeſtens ein Erbe die testamentifactio haben, auch mindeſtens ein Erbe den Erblaſſer überleben muß [3]).

---

[2]) Zu der Stelle Mühlenbruch 38 S. 448—464. Fabricius S. 131—135. Leiſt, bon. poss. II. 1. S. 284 ff. Vangerow II § 238 unter II. — Zu vergleichen ſind noch l. 8 § 5 D. de bon. poss. co. tab. 37. 4. l. 10 § 2 D. de legat. praest. 37. 5. l. 7 § 6 D. de Carbon. edict. 37. 10.

[3]) l. 1 § 9. l. 2. l. 8 § 5. l. 19 D. h. t. 37. 4. — Darüber, daß ſeit alter Zeit die bonor. possessio auch gegenüber einem mündlichen Teſtament ertheilt wurde, vergl. Schmidt S. 88 — gegen Hingſt S. 130.

§ 21.

D. Delation und Erwerb der prätoriſchen Notherbfolge. — Bonorum possessio commisso per alium edicto.

I. Die Delation der prätoriſchen Notherbfolge[1]) findet im Augenblick des Todes des Erblaſſers ſtatt[2]); demnach fällt ſie auf den Zeitpunkt, in welchem auf Grund des Teſtaments deferirt wird, und ſie iſt nicht davon abhängig, daß die Erbſchaft aus dem Teſtament erworben wird. Die Quellen bezeichnen dies ſo: die bonorum poss. contra tabulas geht contra testamentum, contra lignum[3]).

Jenes Anfallen mit dem Tode des Erblaſſers erſcheint ſehr einleuchtend, ſoweit die bon. poss. contra tabulas eine Nachfolge aus dem Teſtament in ſich aufnimmt. Allein die ſolchen eingeſetzten Erben angebotene bon. poss. commisso per alium edicto iſt erſt Folge davon, daß für beſtimmte übergangene Notherben die bon. poss. contra tabulas begründet iſt, und für dieſe jedenfalls begrifflich voraufgehende Anwendung des Inſtituts muß eine Erklärung der rückſichtlich der Delation beſtehenden Ordnung geſucht, dieſe darf nicht für etwas Selbſtverſtändliches angeſehen werden. Iſt doch das Teſtament gültig und es bleibt gültig, wenngleich die bon. poss. contra tabulas gegen daſſelbe nachgeſucht wird[4]): bei zwei Inſtituten des Pflichttheilsrechts aber, die ähnlich dem unſrigen einen Angriff gegen ein gültiges Teſtament wegen der Verletzung notherbrechtlicher Vorſchriften enthalten, finden wir einen andern Zeitpunkt betont. Bei der querella inofficiosi testamenti gilt die Regel, daß ſie erſt mit dem Erbſchaftsantritt des Eingeſetzten in's Leben tritt[5]); ebenſo wird die contra tabulas bon. poss. des Patrons erſt mit dieſem Zeitpunkt deferirt[6]). Bei der abweichenden Behandlung der bon. poss.

---

[1]) Vergl. Schmidt S. 88 f.

[2]) Deshalb ſind die zu jener Zeit in fremden Familien Stehenden ausgeſchloſſen: l. 6 § 4 D. h. t. § 12 vergl. mit § 10 J. de her. quae ab int. 3. 1.

[3]) l. 4 pr. l. 19 D. h. t. (Vergl. den im Eingang des § 20 abgedruckten erſten Theil der Stelle.)

[4]) Vergl. §§ 15. 20.

[5]) l. 8 § 10 D. de inoff. 5. 2. Vergl. l. 34 in f. l. 36 § 2 C. eod. 3. 28.

[6]) l. 3 § 5. 12 D. de bon. libert. 38. 2. — Schmidt, Pflichtth.-Recht S. 87 will die bei unſrer bon. poss. contra tabulas vorliegende Erſcheinung, die er im Zuſammenhang mit den abweichenden Grundſätzen bei der bon. poss. contra tab. des Patrons und bei der Querel in's Auge faßt, aus der Natur des formellen Notherbenrechts erklären: er meint, wer formelles Notherbenrecht habe,

contra tabulas der liberi mag das Vorbild des civilen Notherbrechts mit eingewirkt haben; vorwiegend aber iſt ſie, wie ich glaube, durch entſchiedene Rückſichten der Zweckmäßigkeit veranlaßt worden. Der Prätor mußte die vorliegende bon. poss. contra tabulas ſofort mit dem Tode des Erblaſſers anbieten, weil dieſelbe den prätoriſchen wie civilen Notherben, und weil ſie auch den eingeſetzten Notherben deferirt wird. Den civilen Notherben hätte eine Theilnahme an der prätoriſchen Notherbfolge, ſtatt der Verfolgung ihrer ſofort beim Tode des Erblaſſers begründeten civilen Berechtigung, nicht zugemuthet werden können, wenn man ſie auf die Erwerbshandlung des Teſtamentserben hätte vertröſten wollen. Die eingeſetzten Notherben haben zu wählen zwiſchen den Anſprüchen aus dem Teſtament und der Theilnahme an der bon. poss. contra tabulas[7]). Auch für ſie wäre es eine unbillige Beſchwerung geweſen, wenn ſie mit dem Erwerb der bon. poss. contra tabulas auf die Antretung der neben ihnen eingeſetzten extranei hätten warten ſollen.

Indeſſen iſt gegenüber der Unabhängigkeit dieſer Delation der Notherbfolge vom Erwerb der Teſtamentserben hervorzuheben, daß in dem Falle, wo überhaupt kein Erbe aus dem Teſtament erwirbt, gewiſſe regelmäßig die contra tabulas begleitende Rechtsſätze wegfallen. So werden zwar

a. die Enterbungen bei der contra tab. aufrecht erhalten[8]); tritt aber keiner der eingeſetzten Erben an, ſo wird der enterbte suus

---

könne verlangen, daß er unter den heredes oder unter den exheredes verzeichnet ſei; er ſei verletzt, ſobald das Teſtament ſeine Wirkſamkeit beanſpruche. Damit ſcheint mir die Frage nicht erledigt zu werden. Hätte der Prätor die formelle Natur der notherbrechtlichen Vorſchriften betont, ſo wäre nicht einzuſehen, warum er nicht bei Verletzung civiler Notherben Nichtigkeit jedes Teſtaments, bei Verletzung blos prätoriſcher Notherben Nichtigkeit mindeſtens des prätoriſchen Teſtaments angenommen hat, etwa wie er ſie bei fehlender testamenti factio des Erblaſſers eintreten ließ. Nun aber behandelt er das Teſtament trotz der Uebergehung des Notherben als gültig: darum müſſen andere Gründe aufgeſucht werden, um deren willen hier die Berechtigung des Notherben ſich in einem früheren Zeitpunkt geltend machen darf, als bei jenen beiden Inſtituten des Pflichttheilsrechts.

[7]) Sie haben die bon. poss. commisso per alium edicto nicht allein unabhängig davon, ob irgend ein Erbe aus dem Teſtament erwirbt, ſondern auch unabhängig von dem Verhalten der in eigner Perſon verletzten Notherben: l. 10 § 6 D. h. t.

[8]) l. 8 pr. l. 10 § 5. l. 20 pr. D. h. t.

in Folge der Destitution des Testaments ohne Weiteres Intestaterbe[9]); auch der enterbte Emancipirte aber muß jetzt die gesetzliche Erbberechtigung geltend machen können. (Vergl. unten den § 24 bei Anm. 25). — Ferner bleibt

b. das Edict *de legatis praestandis* mindestens dann ausgeschlossen, wenn die Thatsache, daß die eingesetzten Erben nicht erwerben, nicht auf deren Willen, sondern auf äußeren Hinderungsgründen beruht (Versterben derselben vor der Erklärung über die Antretung — Ausfall der ihrer Einsetzung beigegebenen casuellen Bedingung[10]).

Eine Ausnahme erleidet der Satz, daß die Notherbfolge mit dem Tode des Erblassers deferirt wird, in dem Falle, wo das Testament mehrere Grade enthält. Der Prätor behandelt den einzelnen Grad, bei welchem der Notherbe, wäre er auch ein civiler, übergangen ist, nicht als nichtig. Demgemäß kann längere Zeit nach dem Tode des Erblassers die bon. poss. contra tabulas gegen einen der folgenden Grade deferirt werden, — dann nämlich, wenn die testamentarische Erbfolge den in diesem Grade Eingesetzten anfällt[11]). Ist indessen einmal die bon. poss. contra tabulas gegen den einzelnen Grad deferirt, so kann sie vermöge ihrer Unabhängigkeit vom Erwerb der Testamentserben nicht mehr dadurch vereitelt werden, daß die in jenem Grade gerufenen Erben ausschlagen oder vor der Erklärung über den Erwerb sterben, daß die Bedingung ihrer Einsetzung ausfällt, endlich daß der eingesetzte Postumus nicht in's Dasein tritt. Mag daher die Delation der testamentarischen Erbfolge zum nächsten Grade fortschreiten, bei welchem eine Präterition des Notherben nicht vorliegt: immer bleibt es bei der einmal durch den voraufgehenden Grad begründeten bon. poss. contra tabulas[12]).

II. Einzugehen ist noch auf die der Delation der bon. poss. contra tabulas zukommende subjective Ausdehnung. Hier begegnet die schon mehrfach berührte Regel, daß die bon. poss. contra tabulas auch den im Testamente eingesetzten Notherben

---

[9]) l. 20 pr. cit.

[10]) l. 10 § 2 in f. l. 13 D. de legat. praest. 37. 5. Vergl. § 26 unter I. b. und c.

[11]) l. 8 § 1 D. h. t.

[12]) l. 20 pr. l. 8 § 5 D. h. t. (Ueber letztere Stelle vergl. § 23 bei Anm. 12.)

angetragen wird, wenn ein anderer Notherbe übergangen iſt[13]). Wie erklärt ſich dieſe Erſcheinung? Schmidt (S. 90 f.) hebt gegenüber den gewiß unzureichenden Erklärungsverſuchen von Francke und Hingſt[14]) hervor, daß die eingeſetzten Kinder, wenn ſie auf mehr als ihren geſetzlichen Erbtheil gerufen waren, doch jedenfalls vermöge der Concurrenz der übergangenen Notherben auf das Maß dieſes Erbtheils beſchränkt werden mußten; eben darum ſei es billig geweſen, ihnen auf alle Fälle dieſen Erbtheil voll zu gewähren, auch wo das Teſtament ſie auf eine geringere Quote rief. Das eben ſei durch ihre Zulaſſung zur Notherbfolge vermittelt. Von Einfluß iſt dieſer Umſtand gewiß geweſen; aber für den einzigen Grund iſt er wohl nicht zu halten. Mindeſtens eben ſo gewichtig mußte das von Leiſt betonte Bedürfniß ſprechen, die bon. poss. contra tabulas zu einer die ſämmtlichen liberi umfaſſenden Geſammtregulirung der Erbfolge auszubilden[15]). Der Prätor ruft überall zur bonor. possessio die Perſonen, welche gleiche Erbberechtigung für ſich haben, innerhalb der nämlichen Friſt (1 Jahr oder 100 Tage). Auf dieſe Weiſe erreicht er es, daß nach Ablauf eines kurzen Zeitraums feſtſteht, zu welchem Antheil der einzelne Erbe den Erbſchaftsgläubigern und Vermächtnißnehmern haftet, zu welchem Antheil er ſelbſt die erbſchaftlichen Rechte verfolgen kann. Sollte dieſer Erfolg bei der bon. poss. contra tabulas erreicht werden, ſo war zu verhüten, daß die eingeſetzten Notherben auf die civile Erbſchaftsantretung beſchränkt blieben. Eben darum wurde ihnen die Theilnahme an der bon. poss. contra tabulas angeboten. Und zu deren Annahme mußten ſie ſich durch beſondere mit ihr gegebene Vortheile bewogen fühlen. Dahin gehört neben dem interdictum Quorum bonorum die von Schmidt hervorgehobene, im einzelnen Fall eintretende Erhöhung ihres Erbtheils. Aber auch einen Satz aus dem Recht der Collation wird man auf dieſen Gedanken zurückzuführen haben. Nach dem Edict konnte der eingeſetzte suus nur dann vom emancipirten Notherben Collation for-

[13]) Vergl. von den vielen darüber ſprechenden Stellen l. 3 § 11. l. 8 § 4. 14. l. 10 § 6. l. 14 pr. D. h. t. l. 14 pr. l. 15 § 1. l. 25 pr. D. de legat. praest. 37. 5. l. 1 § 4. l. 10 D. de collat. 37. 6. l. 3 D. de dot. collat. 37. 7. l. 103 § 2. 3 D. de legat. III°. (32.)

[14]) Francke S. 137. 140. Hingſt S. 212 f. Darüber Schmidt S. 91 Anm. 77.

[15]) Vergl. Leiſt bon. poss. II. 1 S. 63 f. Fortſ. III S. 102 z. A. S. 110. S. 159.

dern, wenn er ſelbſt die *bon. possessio* nachſuchte; erſt Scävola ſprach ſich dafür aus, daß der Anſpruch auch ohne dieſe Vorausſetzung zuzulaſſen ſei[16]). War nicht der Grund jener Anforderung des Edicts eben das Bemühen des Prätor, den Eingeſetzten zum Nachſuchen der b. p. contra tabulas zu vermögen[17])?

Endlich mußte ſich die in Frage ſtehende Ausdehnung der Delation daraus ergeben, daß die b. p. contra tabulas für den Notherben eine wirkliche Geſammtnachfolge begründen ſollte. Denn dieſe führte zur Anwachſung unter den Miterben[18]); eine ſolche aber ſtieß gewiß auf Bedenken, wenn man die eingeſetzten Erben als geſonderte Gruppe neben den prätoriſchen Notherben ſtehen ließ[19]). Freilich iſt in der Folge doch neben der contra tabulas eine Succeſſion von Teſtamentserben zugelaſſen, welche nicht zur *bon. poss.* gelangen konnten — ich meine die Erbfolge der zu Erben eingeſetzten Eltern und Kinder ohne Notherbenberechtigung. Allein dieſer erſt auf die Auctorität von Julian durch ein Reſcript von Pius begründete Rechtsſatz[20]) kann nicht bei einer Frage in Betracht kommen, welche die vom Prätor bei der Einführung der bon. poss. contra tabulas verfolgten Zwecke in's Auge faßt. Iſt doch auch der Satz aus dem Recht der Collation, wenngleich durch ausdrückliche Beſtim-

---

[16]) Vergl. l. 1 pr. § 1. l. 10 D. de collat. bonor. 37. 6.

[17]) Etwas abweichend Fein, Collation S. 87 f. Nach ihm hätte der Prätor den Anſpruch auf die Collation an das Erbitten der bonor. possessio geknüpft, um der Letzteren durch die auf jenem Wege zu erreichende Unterwerfung des suus unter dieſelbe den Schein des Widerrechtlichen zu nehmen. Der Gedanke ſcheint etwas geſucht; auch bedurfte wohl die Prätur ſolcher Hülfsmittel nicht, um einem von ihr entſprechend den Bedürfniſſen des Rechtslebens aufgeſtellten Inſtitut Eingang zu verſchaffen.

[18]) l. 3 § 9 l. 5. l. 6 pr. D. de bon. poss. 37. 1. l. 12 pr. D. de b. p. co. tab. 37. 4. l. 1 § 8 D. de conjung. 37. 8. l. 8 C. quando non petent. 6. 10.

[19]) Nach l. 6 pr. D. de bon. poss. 37. 1 fand keine Anwachſung gegenüber den Teſtamentserben ſtatt, wenn der Patron die b. p. contra tabulas gegen das Teſtament des Freigelaſſenen erbeten hatte: wurde demnächſt der vom Teſtamentserben erworbene Erbtheil — etwa in Folge von deſſen Wiedereinſetzung in den vorigen Stand gegen den Erwerb — wieder frei, ſo wurde zu dieſem Theil dem Patron auf Grund einer beſonderen Edictsclauſel eine bonor. possessio deferirt. Vergl. Schmidt, Pflichtth.-Recht S. 88 f., beſonders Anm. 151.

[20]) Vergl. darüber einſtweilen l. 5 § 6. l. 6 l. 7. D. de legat. praest. 37. 5. — Im Gefolge des neuen Rechtsſatzes hat ſich dann auch die Anwachſung eingeſtellt: l. 21. D. eod.

mung des Edicts begründet, ſpäter durch die Jurisprudenz beſeitigt.

Den entwickelten Grundſätzen gemäß ergeht die Delation der bonor. possessio contra tabulas an die übergangenen liberi, da in ihrer Perſon die Vorſchriften des Notherbenrechts verletzt ſind (committitur edictum[21]), — gleichzeitig an die eingeſetzten liberi vermöge jener Begründung der Notherbfolge durch die Perſonen der erſten Claſſe. Ausgeſchloſſen bleiben, wie erwähnt wurde, die enterbten liberi, ſie werden auf die querella inofficiosi testamenti angewieſen[22]). Selbſt dann wird ihnen die b. p. contra tabulas verſagt, wenn die Teſtamentserben überall nicht antreten[23]).

Schon berührt iſt, daß die Berufung der im Teſtament eingeſetzten Notherben auf einem Punkte über den Kreis der liberi hinausgeht: auch der in der Adoptivfamilie ſtehende Deſcendent wird commisso per alium edicto zur b. p. contra tabulas zugelaſſen, wenn er zum Erben eingeſetzt iſt[24]). Erforderlich iſt, daß er zu den leiblichen Deſcendenten des Erblaſſers gehört[25]) und in ſeinem Stamm der Nächſte iſt[26]); auch muß die Erbeseinſetzung ihn ſelbſt, nicht eine ſeiner Gewalt unterworfene Perſon[27]), und ſie muß ihn in dem-

[21]) Vergl. z. B. l. 8 § 11 D. h. t. 37. 4 l. 16 D. de legat. praest. 37. 5. l. 1 § 2 D. de conjung. 37. 8.

[22]) l. 10 § 5. l. 20 pr. D. de bon. poss. co. tab. 37. 4.

[23]) Daß in dieſem Fall des deſtitut gewordenen Teſtaments der enterbte suus (und ebenſo der enterbte Emancipirte) dem prätoriſchen Notherben als geſetzlicher Erbe zur Seite tritt (l. 20 pr. § 1. 2 D. h. t. 37. 4), wurde oben erwähnt (S. 135 f.; dazu § 24 bei Anm. 25).

[24]) Vergl. hierzu Schmidt S. 92 f.

[25]) Nicht berechtigt iſt der vom Adoptivvater weiter in Adoption Gegebene: l. 8 § 12 D. h. t.

[26]) l. 13 § 1 D. h. t. l. 25 § 1 D. de legat. praest. 37. 5. Der Grund, um deſſen willen nach den Schlußworten der l. 13 § 1 cit. dem eingeſetzten Enkel auch dann die contra tabulas b. p. verſagt bleibt, wenn er dieſe erſt nach dem Tode ſeines Vaters nachſuchte, ſofern nur der Vater den Großvater überlebt, iſt dieſer. Der in der fremden Familie Befindliche muß jedenfalls bei des Erblaſſers Tode in einem ſolchen Verhältniß zu dieſem ſtehen, daß er deſſen *suus* ſein würde, wenn es nicht an der väterlichen Gewalt fehlte. Vergl. Ulp. l. 8 § 14 D. h. t. (— eas partes —, quas intestato patre mortuo in hereditate *habiturus esset*, si in potestate mansisset). In unmittelbarem Anſchluß an dieſe Worte wird neben dem suus und dem Emancipirten der in Adoption Gegebene genannt. — In l. 25 § 1 cit. iſt aller Wahrſcheinlichkeit nach zu leſen: *non* (ſtatt num) habet nepos ex edicto bonorum possessionem. Vergl. die Ausg. von Mommſen.

[27]) l. 8 § 11 D. h. t.

jenigen Grade des Teſtaments rufen, gegen welchen die b. p. contra tabulas ſtattfindet[28]). Treffen dieſe Vorausſetzungen zu, ſo kommt die Nähe des Grades nicht in Betracht; auch gelangen dann die von einem in Adoption gegebenen Sohne nach ſeiner Adoption in der fremden Familie gezeugten Kinder zur Notherbfolge gegen das großväterliche Teſtament[29]). Das Motiv der Beſtimmung — die möglichſte Schonung des letzten Willens, wo dieſer ſich in der Berückſichtigung nächſter Blutsverwandter äußert[30]), — kehrt wieder im Edict de legatis praestandis.

III. Der Erbſchaftserwerb ſteht bei dieſer Anwendung der Notherbfolge unter den allgemeinen Grundſätzen der bonor. possessio: danach war Letztere innerhalb des den liberi offen ſtehenden, utiliter zu berechnenden Jahres ſeit der Delation zu agnosciren.

§ 22.

Anhang: **Erlöſchen der prätoriſchen Notherbenberechtigung.**

Die bereits zur Delation gediehene prätoriſche Notherbenberechtigung kann aus beſtimmten Gründen erlöſchen. Dieſe Gründe ſind ſchon hier zu erörtern, da ſie eine mit den Grundſätzen über die Delation und den Erwerb der bon. poss. contra tabulas in engſter Verbindung ſtehende Lehre darſtellen. Davon, daß die bonor. possessio gleich jeder nur erſt deferirten Erbſchaft verloren geht, wenn der Notherbe vor ihrem Erwerb ſtirbt, braucht nicht gehandelt zu werden. Zu betrachten bleiben als Gründe eines Erlöſchens: das Ausſchlagen und die dieſem gleich geachtete Anerkennung des letzten Willens, — der Verluſt der testamentifactio und das Ausſcheiden aus der Claſſe der liberi, — die Verſäumung der Agnitionsfriſt.

I. Ausſchlagen. Wie jede deferirte Erbſchaft kann die contra tab. b. p. ausgeſchlagen werden: hier erliſcht die Delation ſofort, noch vor Ablauf der Agnitionsfriſt[1]). Dem Ausſchlagen gleich wird die thatſächliche Anerkennung des letzten Willens behandelt: die in den Quellen vorkommenden Beiſpiele beziehen ſich ſämmtlich auf die Annahme eines

---

[28]) l. 8 § 13 D. eod.

[29]) Vergl. neben den Stellen der Anm. 25 die l. 1 § 12 D. de ventre in poss. 37. 9.

[30]) l. 8 § 11 cit.

[1]) l. 2 pr. D. de bon. poss. sec. tab. 37. 11.

vom Erblaſſer zugewendeten Erbtheils oder Vermächtniſſes[2]). Es treffen hier die zwei Rechtsſätze zuſammen, daß der Notherbe durch Annahme einer ſolchen Zuwendung die contra tabulas bon. poss., wie umgekehrt durch das Erbitten der bon. poss. die im letzten Willen enthaltene Zuwendung einbüßt[3]). Eine beſondere Anwendung einer Anerkennung enthält Marcian. l. 15 D. h. t.

Si praeteritus filius emancipatus („ex testamento“ similiave exciderunt *Momms.*) exceptionem doli mali agenti heredi patris opposuerit de eo quod patri debuit, non posse eum contra tabulas bonorum possessionem petere existimo: nam hoc ipso quasi repudiavit bonorum possessionem. —

Der Juriſt beſchränkt dann ſeinen Ausſpruch dahin: derſelbe treffe nur zu, wenn der Emancipirte nicht etwa auf Grund der ihm deferirten bon. poss. contra tabulas[4]) excipirt, ſondern die exceptio doli entgegengeſetzt habe. Es iſt ſehr zweifelhaft, welchen Inhalt man der zweiten Einrede beizulegen hat. Der Baſilikenſcholiaſt bemerkt (Bas. 40. 3 c. 14 schol. 2): *λιβερατίονος αὐτῷ τοῦ χρέους ἴσως ληγατευθείσης*, er verweiſt dann auf l. 50 § 6 D. de bon. libert. 38. 2. Nach dieſer ſoll der Patron ſeine Pflichttheilsberechtigung einbüßen, wenn er der Forderungsklage des Teſtamentserben des Freigelaſſenen auf Grund des ihm von Letzterem hinterlaſſenen Vermächtniſſes der Schuldbefreiung die exceptio doli entgegenſetzt. Während aber der Scholiaſt dieſen Fall nur als Beiſpiel anführt (*ἴσως*), will Cujaz[5]) den von Marcian in l. 15 cit. vorgelegten Thatbeſtand durch die Annahme ergänzen, es ſei auf Grund vermachter Schuldbefreiung excipirt, und Th. Mommſen nimmt in ſeiner Digeſtenausgabe gradezu an, es ſei eine Hindeutung des Textes auf das Liberationslegat ausgefallen. (Vergl. den obigen Abdruck der Stelle.) Eine andere Anſicht faßt die Worte der l. 15 cit. ſo allge-

[2]) Den Geſichtspunkt der Anerkennung des letzten Willens betont Afric. l. 14 pr. D. h. t.: — si institutus adierit, — non posse eum petere bonorum possessionem respondit, *quia judicium patris secutus sit* —; dagegen hebt Marcian in l. 15 D. eod. (Geltendmachen der letztwilligen Zuwendung durch exceptio doli) die Verwandtſchaft mit dem Ausſchlagen der Erbſchaft hervor: — nam hoc ipso *quasi repudiavit* bonorum possessionem —.

[3]) l. 5 § 2 D. de legat. praest. 37. 5. Vergl. dann noch über den Verluſt durch Anerkennung l. 3 § 15. 16. l. 10 § 3 D. h. t.

[4]) Vergl. § 23 Anm. 5.

[5]) Rec. ad. Dig. 37. 4 l. 15 cit. — VIII. 54.

mein, wie ſie lauten; ſie verſteht daher unter der exceptio doli jede Einrede aus dem der Klage zu Grunde liegenden Schuldverhältniß [6]). Danach fände Marcian ſchon darin eine Anerkennung des Teſtaments, daß der Notherbe die Sachlegitimation des klagenden Teſtamentserben unbeanſtandet läßt, insbeſondere nicht aus ſeiner eigenen Berechtigung zur contra tabulas b. p. excipirt.

Meines Erachtens ſtehen der erſten Auslegung überwiegende Gründe zur Seite. Es iſt bekannt, wie häufig in den Erörterungen der römiſchen Juriſten die gleichen Thatbeſtände wiederkehren; dies macht es von vorn herein glaublich, daß die von Marcian in l. 15 cit. in's Auge gefaßte Einrede mit der in l. 50 § 6 cit. beſprochenen exceptio doli aus dem Vermächtniß der Schuldbefreiung identiſch iſt [7]). Dazu kommt, daß wir in allen ſonſtigen auf die b. p. contra tabulas bezüglichen Aeußerungen der Quellen über die thatſächliche Anerkennung des Teſtaments nur den Fall der Annahme einer in Letzterem enthaltenen Zuwendung genannt finden, und das iſt nichts Zufälliges. Die römiſchen Juriſten ſind in unſrer Lehre mit der Annahme eines Ausſchlagens der Erbberechtigung durch concludente Handlungen nicht ſo weit gegangen, wie dies beim Verzicht auf die Querel geſchehen iſt [8]); darum iſt es nicht glaublich, daß ſie ſchon in der unterlaſſenen Anfechtung der Erbeseigenſchaft des klagenden Teſtamentserben eine die b. p. contra tabulas ausſchließende Anerkennung des letzten Willens gefunden haben ſollten.

In Einem Falle iſt ſelbſt die Antretung der Erbſchaft aus dem Teſtament kein Grund zum Ausſchluß der b. p. contra tabulas: dem zum Erben eingeſetzten, in fremder Familie ſtehenden Kinde ſoll die Antretung auf Grund des Teſtaments nicht ſchaden. In l. 10 § 2 D. h. t. gedenkt Ulpian bei der Beſprechung der Antretung der vom Adoptivvater ertheilten Anweiſung zum Erwerb [9]); doch knüpft er daran im § 3 die allgemeine Sentenz:

---

[6]) So Mühlenbruch **37.** S. 89 Anm. 38. Schmidt S. 95 Anm. 95.

[7]) Sehr auffallend iſt bei l. 15 cit. die wiederholte, von allen thatbeſtandlichen Angaben entblößte Bezeichnung der Einrede als exceptio doli; dies ſpricht nachdrücklich für die von Th. Mommſen empfohlene Ergänzung des Textes.

[8]) Darauf komme ich im § 54 unter A.

[9]) Ulp. l. 10 § 2 D. h. t. Si in adoptionem datus, posteaquam *jussu patris adoptivi hereditatem adiit*, emancipatus fuerit, potest contra tabulas bonorum possessionem accipere hereditatemque ipse potius habebit, quam pater adoptivus.

Illud notandum est, quod et si adierit hereditatem in adoptionem datus, contra tabulas ei datur —.

Hier ließe ſich nun zwar ſagen, die Stelle ſei eine bloße Fortſetzung des im § 2 ausgeſprochenen Gedankens, deshalb habe man bei ihr den jussus hinzuzudenken. So muß in der That die Anſicht interpretiren, welche die Möglichkeit der Agnition der b. p. contra tabulas, trotz der vorausgehenden Antretung, aus der Verbindlichkeit des Befehls des Adoptivvaters ableitet[10]). Allein dieſe Auslegung iſt nicht wohl möglich bei dem jenem § 2 vorausgeſchickten § 1. Dort iſt von einem dem mütterlichen Großvater in Adoption gegebenen Kinde die Rede: auch dieſes erhält als eingeſetzter Erbe gegen das Teſtament des leiblichen Vaters die bon. poss. commisso per alium edicto, und auch hier liegt der Gedanke, daß die Antretung unſchädlich ſein ſoll, ſtillſchweigend ausgeſprochen vor in der Bemerkung:

nec (enim) *exigimus*, ut adeat hereditatem, sed sufficit ut ei delata sit adquirique possit.

Man wird hiernach ohne Einſchränkung zu ſagen haben: der in Adoption Gegebene hat als Eingeſetzter die contra tabulas, auch wenn er als Teſtamentserbe angetreten hat, und der Grund iſt, daß er überhaupt nur als Eingeſetzter vom Edict zur Notherbfolge zugelaſſen wird: mit Rückſicht hierauf ließ ſich nicht wohl an ſeine Antretung der Verluſt der b. p. contra tabulas knüpfen. — Daß der Adoptirte, wenn er nach ſeiner Emancipation die b. p. contra tabulas erbittet, die Erbſchaft nach h. 10 § 2 cit. für ſich ſelbſt erwirbt, nicht für den bisherigen Adoptivvater, obgleich dieſer zur früheren Erbſchaftsantretung die Anweiſung ertheilt hatte, erklärt ſich aus dem Gegenſatz beider Succeſſionsgründe.

II. Verluſt der Erbfähigkeit, — der Eigenſchaft eines der *liberi*. Der Notherbe muß dieſe Eigenſchaften nicht allein beim Tode des Erblaſſers haben, ſondern auch von da an weiter bis zur Nachſuchung der bonor. possessio: verliert er ſie inzwiſchen, ſo gelangt er nicht zur Notherbfolge[11]).

---

[10]) So *Cujac.* rec. ad Dig. 37. 4 l. 10 § 2 cit. — VIII. 46. Schmidt S. 95 Anm. 92.

[11]) l. 3 § 6 vergl. mit l. 10 pr. D. de b. p. co. tab. 37. 4. l. 2 pr. D. de b. p. sec. tab. 37. 11. Vergl. auch l. 9 D. si tabulae 38. 6.

III. Verſäumt der Notherbe die Erbittung der *bonor. possessio*, ſo iſt er mit Ablauf der Agnitionsfriſt ausgeſchloſſen[12]).

V. Weſen und Wirkungen der prätoriſchen Notherbfolge.

§ 23.

A. Verhältniß der bonorum possessio contra tabulas zum letzten Willen*).

Anläßlich der Bemerkungen über den Begriff der prätoriſchen Notherbfolge wurde am Schluß des § 15 hervorgehoben, daß durch dieſelbe das Teſtament unwirkſam gemacht wird. Dieſe Auffaſſung entſpricht der herrſchenden Meinung, wenn auch deren Vertreter nicht durchweg den Begriff der bloßen Unwirkſamkeit feſthalten[1]). Entgegengetreten iſt ihr in neueſter Zeit Leiſt[2]), der folgende Anſicht entwickelt. Die bon. p. contra tabulas iſt gegenüber dem teſtamentariſchen Erben vom Prätor für cum re erklärt[3]); demnach ſind die Klagen des bonor. possessor auch gegen den eingeſetzten Erben durchführbar, und umgekehrt hat Erſterer gegen die Klagen dieſes Erben und Anderer, deren Anſprüche das Vermögen verringern, Vertheidigungsmittel. Im Uebrigen verbleibt es bei den gewöhnlichen über die Gültigkeit des Teſtaments entſcheidenden Rechtsſätzen und deren Folgen, wonach die Antretung wie die Ausſchlagung des ein-

---

[12]) §§ 9. 10 J. de bon. poss. 3. 9. l. 1 § 10 D. de success. edict. 38. 9. l. 20 § 4 D. de bon. libert. 38. 2.

*) Schmidt S. 97—101. Leiſt, Fortſ. II S. 15—81., vergl. mit III S. 118—124.

[1]) Von „Unwirkſamkeit" reden u. A. Francke S. 132. 145. Keller, Pand. § 510. Schmidt S. 97. Im Uebrigen wird vielfach von „Aufhebung", „Beſeitigung", Reſciſſion" u. dergl. geſprochen. Vergl. Mühlenbruch 37. S. 18. S. 50. 51. Windſcheid III § 577 unter 4; weitere Angaben bei Leiſt II S. 18—20. In den Quellen kommt einige Male das „testamentum *rescindi*" vor: l. 1 pr. D. de legat. praest. 37. 5. l. 17 C. de collat. 6. 20., womit zu vergleichen l. 4 § 4 C. de lib. praet. 6. 28.

[2]) A. a. O. II S. 20 ff. III S. 118 ff.

[3]) Verwieſen wird auf Ulp. l. 5 § 1 D. de bo. poss. sec. tab. 37. 11: — et filius quidem quasi contra tabulas bonorum possessione accepta rem habere videtur —. Völlig zuverläſſig iſt der Ausdruck nicht. (Vergl. Leiſt ſelbſt, Fortſ. I S. 313 Anm. 6 und von den Stellen bei Dirksen, man. v. res § 2 B. l. 2 § 8 D. ad SC. Tertull. 38. 17, auch wohl l. 16 D. de legat. praest. 37. 5.— „cum *rem* ab intestato *habeat*", vergl. dazu l. 15 eod.). Indeſſen würde es nicht auffallen, wenn uns in den Quellen die Aeußerung begegnete, die bon. poss. contra tabulas ſei gegenüber dem Teſtamentserben cum re.

geſetzten Erben in verſchiedenſten Rechtswirkungen hervortritt. Leiſt beſtreitet namentlich die zunächſt von Fabricius aufgeſtellte Anſicht, daß ein beſonderer prätoriſcher Rechtsſatz beſtanden habe, wonach man dem eingeſetzten Erben die Klagen verſagt und damit ſeine Erbſchaftsantretung praktiſch unwirkſam gemacht hätte. Freilich werde der Eingeſetzte meiſt ausgeſchlagen haben, da ihm der bonor. possessor das Vermögen abholen konnte. Habe derſelbe jedoch angetreten, ſo ſei er damit activ wie paſſiv in die erbſchaftlichen Klagen eingetreten: dem gegenüber habe indeſſen überall die mit dem Tode des Erblaſſers begründet geweſene exceptio aus der contra tabulas b. p. eingegriffen[4]). Durch dieſe ſei der Teſtamentserbe in allen Ausflüſſen des Erbrechts ſo geſtellt worden, als ob ſie ihm nicht zuſtänden. Von dieſem Einwande abgeſehen aber ſei die Stellung des Notherben zum antretenden Erben der des Erbſchaftsvermächtnißnehmers zum Fiduciar ſehr ähnlich geweſen. — Beſonders betont wird von Leiſt in Anwendung auf die Rechtsſtellung des prätoriſchen Erben, daß dieſem ein bloßes Avocationsrecht wegen der bona gewährt ſei[5]).

Ohne Frage iſt es vollkommen berechtigt, wenn Leiſt die Thatſache, daß das Teſtament trotz der b. p. contra tabulas gültig iſt und auch gültig bleibt, mit beſonderem Nachdruck hervorgehoben und bei der Darſtellung der einzelnen Grundſätze dieſes Notherbenrechts zur Geltung gebracht hat. Unmöglich aber iſt anzuerkennen, daß dem Weſen der contra tabulas Genüge geſchähe, wenn man dieſelbe als eine *bon. poss. cum re*, den Anſpruch des Notherben auf das Vermögen als ein auf dieſes gerichtetes Avocationsrecht bezeichnet. Mit letzterem Worte wird nur der wirthſchaftliche Erfolg bezeichnet, zu welchem die mit der contra tabulas b. p. verbundenen Rechtsmittel führen, vereinigt mit der Thatſache, daß ſolche Rechtsmittel vorhanden ſind. Etwas Anderes beſagt aber auch im Grunde die Wendung nicht, daß die contra tabulas b. p. „cum re“ ſei, mag ſie immer Kunſtausdruck ſein. Weit eher iſt zu betonen, was zwar Leiſt ſelbſt erwähnt[6]), was aber in ſeiner Ausführung neben dem

[4]) Nach den Quellen eine exceptio in factum concepta des Inhalts: „si non contra tabulas bonorum possessio filio dari potest“: l. 15 D. de b. p. co. tab. 37. 4. l. 2 D. de exc. rei jud. 44. 2. l. 15 D. de O. et A. 44. 7. l. 25 D. de bon. libert. 38. 2. Vergl. ſchon *Cujac.* rec. ad l. 15 cit. op. VIII. 54.

[5]) Vergl. z. B. Fortſ. II S. 49. 63. 78 f. III S. 119. 149.

[6]) A. a. O. II S. 27. Vergl. auch III S. 148 a. E.

fort und fort an die Spitze geſtellten Avocationsrecht des bonor. possessor nahezu verſchwindet, daß die contra tabulas b. p. eine unmittelbare Geſammtnachfolge begründet[7]). Damit tritt der an ſich vorhandenen civilen Erbfolge eine wahre prätoriſche Succeſſion gegenüber, und nur Folge von dieſer iſt es, daß der vom Prätor aufgeſtellte Erbe dem eingeſetzten Erben das Vermögen abfordert. Wie ſehr dieſer Gedanke der Geſammtnachfolge in den Grundſätzen über die Delation und den Erwerb der contra tab. b. p. ausgeprägt iſt, wie er an der Ausbildung der bon. poss. commisso per alium edicto Theil hat, ergibt ſich aus § 21. Ihm entſpricht es aber auch vollkommen, wenn man von einem Unwirkſamwerden des Teſtaments, als Folge der erbetenen bon. poss., redet. Zunächſt wird dem Teſtament, ſo ſehr daſſelbe nach wie vor gültig bleibt[8]), regelmäßig durch die contra tabulas die Kraft entzogen, eine Geſammtnachfolge herzuſtellen. Die Fälle, in denen für einen Bruchtheil des Vermögens Teſtamentserben eintreten, bilden die Ausnahme, und für die eine Claſſe derſelben — wo die eingeſetzten Notherben mit Verſchmähung der b. p. contra tabulas auf Grund des Teſtaments antreten, — wird die Wirkſamkeit des Erwerbs darauf zurückgeführt, daß dieſelben Erben ſich der b. p. contra tabulas anſchließen konnten[9]). Näheres hierüber im § 24. — Sieht man aber auf die Nebenverfügungen des Teſtaments, ſo werden jedenfalls diejenigen, welche den Vermögenserwerb des Notherben ſchmälern (Vermächtniſſe, Freiheitsertheilungen), der Regel nach hinfällig.

In welchen Fällen ein nach Civilrecht gültiges Teſtament zufolge der bonor. possessio unwirkſam wird, hat Ad. Schmidt gezeigt[10]).

---

[7]) Julian. l. 13 D. h. t.: — heredis loco constituit. Es iſt danach von Anfang an in der bonor. poss. contra tabulas eine juris possessio gegeben geweſen, wie ſie Leiſt mit Recht nachdrücklich als uranfänglichen Begleiter aller bon. possessio bezeichnet. Fortſ. I S. 93—102. S. 109—113. S. 279—288. S. 292—301.

[8]) Dafür z. B. die Möglichkeit der Antretung und Ausſchlagung, an die ſich poſitive Rechtswirkungen knüpfen. Vergl. *a.* l. 14 pr. D. h. t. l. 15 pr. § 1. l. 16. l. 22 D. de legat. praest. 37. 5. l. 1 § 8. l. 10 D. de collat. 37. 6. *b.* l. 10 § 1—3 D. h. t. *c.* l. 10 § 2 D. de legat. praest. 37. 5. *d.* l. 8 § 2 coll. l. 6 D. eod. *e.* l. 34 § 2. l. 35 D. de vulg. 28. 6.

[9]) Vergl. von den Stellen der Anm. 8 unter a. l. 14 pr. l. 15 § 1. l. 10 citt. Dazu das „tueri“ in l. 16. l. 1 § 8 citt.

[10]) A. a. O. S. 98 f.

Dieſer Erfolg tritt immer ein, wo lediglich prätoriſche Notherben oder lediglich civile Accrescenzerben oder doch nur Notherben aus dieſen beiden Claſſen ſich der Notherbfolge bedienen[11]). Daneben ſtehen zwei bereits in früheren Zuſammenhängen berührte Fälle, in welchen ein übergangener suus den ihn verletzenden letzten Willen mit der contra tab. b. p. außer Wirkung zu ſetzen vermochte, während ihn das Civilrecht im Stich ließ. So der ſchon zur Zeit der Teſtamentserrichtung am Leben geweſene Hausſohn, wenn er im erſten Grad des Teſtaments übergangen, im zweiten enterbt war, Erben des erſten Grades aber bei des Erblaſſers Tode am Leben waren. Hier half ihm die gegen den erſten Grad nachzuſuchende bon. possessio, während er nach Civilrecht durch den von Anfang an allein gültigen zweiten Grad ausgeſchloſſen war[12]). — Der andere Fall iſt der in l. 12 § 1 D. h. t.: war irgend ein suus in einem nach Civilrecht gültigen Teſtament enterbt, in einem ſpäteren nur prätoriſch gültigen Teſtament übergangen, ſo verſchaffte ihm die gegen das zweite Teſtament begründete prätoriſche Notherbfolge dauernd das Vermögen, ſofern nur die in dieſem Teſtament gerufenen Erben (abgeſehen vom Präterirten ſelbſt) die nächſten geſetzlichen Erben waren[13]).

Ich kehre zu der Eingangs dargeſtellten Anſicht von Leiſt zurück. Mit Berufung auf einige Aeußerungen der Quellen wird eine erhebliche Aehnlichkeit des Rechtverhältniſſes des contra tabulas bonor. possessor mit dem des Erbſchaftsvermächtnißnehmers behauptet[14]),

---

[11]) Denn auch die Accrescenzerben können es nur vermöge der contra tab. b. p. erreichen, daß extranei heredes a *tota* hereditate repelluntur (Gaj. II. 125 l. 4 pr. C. de lib. praet. 6. 28.). — Durch Mark Aurel wurde den Frauen dieſer Vortheil entzogen, ſie ſollten auch nach prätoriſchem Recht nicht mehr erreichen, als auf dem Wege des Accrescenzrechts; derſelbe Satz wurde dann auf gewaltfreie Frauen übertragen (Gaj. II. 126. l. 4 pr. C. cit.). — Ferner kommt die contra tab. b. p. den Accrescenzerben auch dann zu gut, wenn ſie unter caſueller Bedingung eingeſetzt ſind, die Bedingung aber ausfällt. Daß dies auch bei Frauen noch nach dem Reſcript von Mark Aurel Rechtens geblieben wäre (Schmidt S. 99 Anm. 105), vermag ich nicht anzuerkennen. Nach Gajus ging doch der Inhalt des Reſcripts dahin, „suas *non plus nancisci* feminas per bonorum possessionem, *quam quod jure adcrescendi consequerentur*. War nun eine sua unter caſueller Bedingung gerufen, dieſe aber ausgefallen, ſo erreichte ſie nach Civilrecht Nichts, — alſo auch nach prätoriſchem Recht Nichts.

[12]) l. 8 § 5 D. h. t. Vergl. § 21 unter I a. E. (S. 136.).

[13]) Vergl. § 20 S. 133.

[14]) S. 22 f. S. 26—29.

wenn auch mit dem Hervorheben, daß dem Notherben keine vom Teſtamentserben abgeleitete Stellung zukommt. Die Aehnlichkeit ſoll ſich insbeſondere in der rechtlichen Lage äußern, in welcher ſich dort der bon. possessor, hier der Erbſchaftsvermächtnißnehmer gegenüber dem Teſtamentserben *rückſichtlich des Uebergangs des materiellen Vermögens* befände. Soviel ich ſehe, iſt eine wirkliche Verwandtſchaft nicht vorhanden. Von den beiden angerufenen Quellenzeugniſſen iſt l. 49 (bei Mommſ. l. 51) D. ad SC. Trebell. 36. 1 ohne alles Gewicht. Sie bemerkt nur, daß gleich dem zur Herausgabe der Erbſchaft gehaltenen Fiduciarerben der Teſtamentserbe, mag dieſer immer zu befürchten haben, daß ein Sohn des Erblaſſers zur prätoriſchen Notherbfolge greift, den Klagen von Erbſchaftsgläubigern dann Rede ſtehen muß, wenn denſelben Verjährung droht. Daraus ergibt ſich für die Vergleichung der Stellung des prätoriſchen Notherben und des *Erbſchaftsvermächtnißnehmers* nur, daß Beide — der Letztere nach erfolgter Herausgabe der Erbſchaft — von den Nachlaßgläubigern zu belangen ſind; das aber iſt einfach Folge davon, daß in der Perſon Beider eine Geſammtnachfolge, wenn auch beim Erbſchaftsvermächtnißnehmer nur eine mittelbare, gegeben iſt.

Die zweite Stelle, die l. 21 pr. D. de fidejuss. 46. 1 von African, läßt den Anſpruch gegen den dem Teſtamentserben von einem Erbſchaftsſchuldner geſtellten Bürgen ebenſowohl auf den Erbſchaftsvermächtnißnehmer wie auf den prätoriſchen Notherben übergehen. Allein grade hier ſpringt die weſentliche Verſchiedenheit der in dem einen und andern Falle beſtehenden Rechtsſtellung in die Augen. Auf den Erbſchaftsvermächtnißnehmer müſſen vom Beſchwerten *alle* ererbten Vermögensrechte und mit der Erbfolge überkommenen Verbindlichkeiten im Act der Herausgabe übertragen werden; daneben hat der Beſchwerte die von ihm mit Rückſicht auf die Erbſchaft neu erworbenen Anſprüche abzutreten [15]). Bei der b. p. contra tabulas kommt es *nur zu einer Abtretung von Anſprüchen der letzteren Art*; denn alle zur Erbſchaft gehörigen Rechte, die Klagen als ficticiſche, ſtehen dem Notherben ſchon kraft der bon. possessio zu. Ein weiter gehender Anſpruch beſtand bei den Römern nur inſofern, als der Erbbeſitz nur das in bonis gewährte, während der Civilerbe das quiritiſche Eigenthum

[15]) Vergl. einerſeits l. 66 (68) § 2. l. 73 (75) D. ad. SC. Trebell. 36. 1, anderſeits l. 21 pr. cit. l. 22 D. de pec. const. 13. 5. Dazu *Sintenis*, Civ. Recht III § 220 bei Anm. 4.

erworben hatte. So erklärt ſich Julian l. 13 D. h. t. — eine Stelle, deren Bedeutung Leiſt überſchätzt:

Cum emancipatus bonorum possessionem contra tabulas accipit, scriptus heres ei hereditatem petenti *cogendus est et praedia et servos hereditarios praestare:* omne enim jus transferri aequum est, quod per causam hereditariam scriptus heres nanciscitur, ad eum quem praetor heredis loco constituit.

Es iſt kein Zufall, daß der Juriſt von praedia und servi hereditarii ſpricht; Julian ſchrieb „cogendus est — *mancipare*“, das *praestare* beruht auf einer Interpolation[16]). Und begreiflich iſt, daß der Prätor den Teſtamentserben, da er deſſen Erwerb auf dem Wege der contra tab. b. p. unwirkſam macht, zur Mancipation anhält. Vom Standpunkt des Juſtinianiſchen Rechts aber läßt ſich die l. 13 cit. nur auf Erwerbungen beziehen, wie ſie oben bei l. 21 D. ad SC. Trebell. 36. 1 erwähnt wurden.

Blicken wir auf das ſoeben Ausgeführte zurück, ſo erſcheint das Urtheil begründet, daß von einer Vergleichung mit dem Erbſchaftsvermächtniß nicht wohl eine Vertiefung der Lehre von der contra tab. b. p. zu erwarten iſt. Begnügen wir uns mit dem Satze, der grade in der beſprochenen l. 13 ſeine Beſtätigung findet, daß in der Perſon des Notherben, ſoweit deſſen Erbanſpruch reicht, eine wahre Geſammtnachfolge vorliegt.

Ich komme zu den dem prätoriſchen Notherben im Verhältniß zum Teſtamentserben zur Seite ſtehenden Rechtsmitteln.

Zunächſt die oben berührte exceptio in factum concepta, welche vollſtändig ſo lautet: „si non in ea causa tabulae testamenti sint, ut contra eas bonorum possessio dari possit“ [17]), iſt begreiflich kein zu Gunſten des Notherben eingeführtes Rechtsmittel. Sie iſt, wie Leiſt mit Recht annimmt, Ausdruck der in Folge des bevorſtehenden Erwerbs der bon. poss. contra tabulas auf dem Recht des Teſtamentserben laſtenden Schranke. Weil die Möglichkeit beſteht, daß dieſem Erben das Vermögen zu Gunſten eines andern Geſammtnachfolgers entzogen wird, ſo ſteht jene Einrede den von ihm erhobenen Klagen aus erbſchaftlichen Rechten entgegen; in dieſem Sinn hat ſie auch

---

[16]) Demnach liegt eine ähnliche Interpolation vor, wie in l. 18 D. de R. V. 6. 1 („debet eum tradere“).

[17]) l. 15 D. de O. et A. 44. 7, verglichen mit l. 2 D. de exc. rei jud. 44. 2.

der als Erbſchaftsſchuldner belangte Notherbe[18]). Umgekehrt ſchlägt der Teſtamentserbe mit der gleichen Einrede die Anſprüche der Erbſchaftsgläubiger zurück[19]). Ueber die Wirkungen der bon. poss. contra tab. ſelbſt iſt begreiflich an der Hand dieſer Exception kein Licht zu gewinnen; hat dieſe doch nur Geltung für die Zeit vor deren Agnition. — Ausſchließlich auf das Rechtsverhältniß des Notherben zum Teſtamentserben bezieht ſich dagegen die exceptio doli, mit welcher Erſterer die Anſprüche der Zweiten zurückweiſt; mit der *exceptio* aber geht parallel und es tritt regelmäßig an ihre Stelle die Verſagung der vom Teſtamentserben zu erhebenden Klagen. Freilich wird das Eingreifen der denegatio actionum von Leiſt beſtritten; im Anſchluß an frühere Bemerkungen von Huſchke wird Folgendes ausgeführt[20]). Der Prätor habe die Klagen verſagen können, wo ein Recht durch Quellen des Civilrechts materiell aufgehoben war, wenngleich auch hier regelmäßig nur Exceptionen ertheilt wurden. So ſei an ſich die Verweigerung der Klagen möglich geweſen bei der bon. poss. secundum tab., da hier das Recht des Civilerben durch Kaiſerreſcript (Reſcript von Antonin, Gaj. II. 120) materiell aufgehoben und auf den bonor. possessor übertragen ſei. Nun ſei aber ſelbſt in dieſem Falle nur eine exceptio doli verliehen; demnach müſſe noch weit eher das gleiche Verfahren bei der b. p. contra tab. Platz gegriffen haben: habe doch bei dieſer überall keine Aufhebung eines Rechts durch neues Civilrecht vorgelegen, nur der Prätor habe das Recht des Civilerben inhaltlos gemacht.

Es iſt nicht zuzugeben, daß der Gegenſatz der Verſagung der Klagen und der Gewährung einer exceptio auf dem von Leiſt betretenen Wege richtig beſtimmt werde[21]). Beide Rechtsformen kommen mehrfach bei dem nämlichen Rechtsverhältniß neben einander vor, ohne daß die actionum denegatio an einer Vorſchrift des Civilrechts einen Anhalt fände[22]). Vielmehr iſt zu ſagen, daß die Denegation der

[18]) l. 15 D. h. t. und arg. l. 25 D. de bon. libert. 38. 2.

[19]) l. 15 D. de O. et A. 44. 7. l. 2 D. de exc. rei jud. 44. 2. Ueber das Ganze Leiſt II S. 23—27.

[20]) Huſchke in Richter's krit. Jahrbb., Jahrg. 1839 S. 18. Leiſt, Forti. II S. 89. 90.

[21]) Vergl. zum Folgenden Keller, Civ.-Proc. § 36 bei Anm. 390. Rudorff, Rechtsgeſch. II § 70. Bethmann-Hollweg, röm. Civ.-Proc. II S. 215 f. Bekker, Actionen II S. 21 f.

[22]) Vergl. z. B. *a.* l. 21 § 9 D. de recept. qui arbitr. 4. 8. *b.* l. 28 D.

Klagen, abgeſehen von ihrer Verwendung zur Beſtrafung einer Partei oder zur Erzwingung eines beſtimmten Verhaltens derſelben, da eintrat, wo der klägeriſche Anſpruch ſich entweder von vorn herein als unbegründet erwies, oder wo er in Folge einer vom Prätor angeſtellten Sachunterſuchung oder auf Grund einer liquiden Einrede oder wegen der Erfüllungsbereitſchaft des Beklagten als unbegründet erfunden wurde. Der exceptio doli blieben dann die Fälle, in denen die Prüfung des vom Beklagten vorgebrachten Einwands dem Geſchwornen vorbehalten wurde. — Ich nehme danach keinen Anſtand, mich bei der auf die bon. poss. contra tabulas bezüglichen Frage der in unſerer Zeit durch Schmidt (S. 97, beſonders Anm. 97) vertretenen Anſicht anzuſchließen, daß der Notherbe je nach Befund der Sache durch Verſagung der Klagen oder durch Exception geſchützt wurde.

Hatte aber nicht der prätoriſche Notherbe auch die *hereditatis petitio possessoria* und konnte er ſich nicht dieſer Klage gegen den Teſtamentserben bedienen? Leiſt hat in jüngſter Zeit ſeine ſchon früher ausgeſprochene Anſicht, daß dieſe für den bonor. possessor aufgeſtellte Erbſchaftsklage erſt zu Diocletian's Zeit entſtanden ſei, von Neuem zu begründen geſucht[23]; indeſſen iſt ihm die Beweisführung, ſoviel ich ſehe, nicht gelungen. Es bleibt wahr, daß die beiden im Digeſtentitel V. 5 neben einander geſtellten Ausſprüche von Ulpian und Gajus unverdächtige Zeugniſſe für das Beſtehen der Klage in der claſſiſchen Zeit bilden[24]; auch darf man ſich nicht dazu verſtehen, mit Leiſt das in Anwendung auf den Erbbeſitzer in drei weiteren Stellen — l. 13 pr. D. de b. p. co. tab. 37. 4. l. 3 § 13 D. de Carb. ed. 37. 10 l. 5 § 1 D. de his quae ut indign. 34. 9 — vorkommende „hereditatem petere" theils für das interdictum Quorum bonorum, theils (beim letzten Fragment) als Bezeichnung des materiellen Einforderns der Erbſchaft zu nehmen, bei welchem die formelle Conſtruction der Klage nicht in Betracht gezogen wäre[25]. Namentlich

---

de nox. act. 9. 4 einerſeits und l. 17 § 2 D. de usufr. 7. 1 anderſeits. *c.* l. 7 und l. 9 pr. D. de jurej. 12. 2. *d.* l. 34 und l. 40 D. sol. matr. 24. 3.

[23]) Fortſ. II S. 288—308, verglichen mit bon. possessio II. 2 S. 16—63. S. 234. 235.

[24]) Darüber namentlich Arndts, Beiträge S. 52—55.

[25]) Julian. l. 13 D. cit.: — scriptus heres ei *hereditatem petenti* cogendus est et praedia et servos hereditarios praestare —. Ulp. l. 3 § 13 cit.: —

die beiden erſten von dieſen Stellen ſcheinen mir das Vorkommen der hereditatis petitio possessoria in der claſſiſchen Zeit beſtimmt darzuthun: die l. 13 cit., weil der von ihr nach dem urſprünglichen Text anerkannte Anſpruch auf Mancipation der zum Nachlaß gehörigen res mancipi[26]) über die Grenzen des die bloße Erlangung des Beſitzes bezweckenden interdictum Quorum bonorum hinausreicht, — die l. 3 § 13 cit. wegen der in ihr enthaltenen Gegenüberſtellung der Univerſalklage des bonor. possessor (eben der possessoria hereditatis petitio) und des Civilerben. Mit Recht iſt auch darauf hingewieſen, daß ein Rechtsmittel nach Art der hereditatis petitio dem prätoriſchen Erben unentbehrlich war[27]): der reiche Gehalt an perſönlichen Anſprüchen, der die Erbſchaftsklage kennzeichnet, fand im Interdikt nicht Raum. Dieſes Bedürfniß kann unmöglich bis zu Diocletian's Zeit auf Abhülfe gewartet haben. — Wir gelangen demnach zu dem Ergebniß, daß in der That der prätoriſche Notherbe mittelſt der erwähnten Erbſchaftsklage dem Teſtamentserben das Vermögen abfordern konnte. Und dafür gewährt l. 13 cit. ein beſtimmtes Zeugniß[28]).

Im Eingang dieſes Paragraphen wurde bei Beſprechung der Aufſtellungen von Leiſt über das Weſen der b. p. contra tabulas beſonderes Gewicht auf den Umſtand gelegt, daß Letztere eine Geſammtnachfolge begründet. Zur Ergänzung dieſes Satzes iſt jetzt anzuführen, daß die an der contra tabulas Theil nehmenden Deſcendenten, übergangene wie eingeſetzte, die Erbſchaft zu den Theilen erhalten, die ihnen zukommen mußten, wenn ſie als sui zur geſetz-

---

quod si coeperit aut *hereditatem petere* quasi bonorum possessor Carbonianus aut singulas res —. Paul. l. 5 § 1 cit.: — tamen, si is ejus condicionis fuerit visus, ut optinere hereditatem non possit, et jure intestati ad eos cognatos pertinet, *petere hereditatem ipso jure poterunt* —. Auf die gleichfalls in dieſem Zuſammenhange angeführte l. 1 C. Quor. bon. 8. 2 iſt kein Gewicht zu legen; der hier allein in Betracht kommende Eingang der Stelle kann von der Erbſchaftsklage des Civilerben verſtanden werden.

[26]) Vergl. dazu das S. 149 bei Anm. 16 Geſagte.

[27]) Vergl. Vangerow II § 509 Anm. 1 unter III.

[28]) So Schmidt S. 100 Anm. 112. — In Uebereinſtimmung mit der herrſchenden Anſicht hat *Rudorff*, edict. § 59 ohne Bedenken in ſeine Reſtitution des Edicts die formula petitoria der beſprochenen Klage ſowie die neben dieſer ſtehende sponsio praejudicialis aufgenommen.

lichen Erbfolge gelangt wären[29]). Daß unter den mehreren Notherben Anwachſung ſtattfindet, wurde früher bemerkt[30]).

§ 24.

B. Verhältniß der bonorum possessio contra tabulas zu den Succeſſionsgründen.

Im Zuſammenhang mit der im § 23 unternommenen Feſtſtellung des Weſens der bon. poss. contra tabulas ſteht der Streit über deren Stellung in der Lehre von den Succeſſionsgründen[1]). Eins ſcheint mir hier von vorn herein klar; es darf nicht gefragt werden, wie das meiſt geſchieht, ob die b. p. contra tab. geſetzliche Erbfolge begründet. Denn darauf kann weder mit einem reinen Ja, noch mit einem reinen Nein geantwortet werden. Vielmehr iſt zu ſagen, ob dieſelbe einen eigenthümlichen, gleichmäßig von der teſtamentariſchen wie von der geſetzlichen Erbfolge zu unterſcheidenden Succeſſionsgrund darſtellt, oder ob ſich nur jene beiden Succeſſionsgründe in ihr vermiſcht zeigen. Faßt man den Gegenſtand der Unterſuchung in ſolcher Weiſe, ſo ergibt ſich die Entſcheidung leicht; die Frage hat grade darum eine verwickeltere Geſtalt angenommen, weil ſich in manchen auf ſie bezüglichen Erörterungen unvermerkt an die Stelle der Succeſſionsgründe die dem prätoriſchen Recht angehörigen Begriffe der bon. poss. secundum tabulas und intestati geſchoben haben. Daß die b. p. contra tab. nicht intestati, insbeſondere nicht bon. poss. Unde liberi ſein kann, fällt in die Augen. Das Edict verheißt die bon. poss. intestati nur da, wo ein nach prätoriſchem Recht gültiges Teſtament nicht vorhanden oder doch die bon. poss. aus dem Teſtament nicht geſucht iſt[2]). Daher darf ein Erbbeſitz, der wie die contra tabulas ein vom Prätor als gültig behandeltes Teſtament vorausſetzt und doch vor der teſtamentariſchen Erbfolge

---

[29]) l. 1 § 1. l. 8 § 14. l. 11 § 1 D. h. t.

[30]) Vergl. § 21 unter II bei Anm. 16.

[1]) Zu vergleichen ſind Förſter S. 381—387. Bluntſchli S. 60—65. Francke S. 136 f. Mühlenbruch S. 45—52. Uhrig, über die Wirkung der bonor. possessio contra tabulas S. 21—27. Schmidt S. 87 f., beſonders Anm. 67.

[2]) § 3 J. de bon. poss. 3. 9. Modest. l. 1 § 1 D. quis ordo 38. 15.: sive tabulae testamenti non exstent, sive exstent, si *secundum eas* vel *contra eas* bonorum possessionem nemo accipit, *intestati* detur (datur? *Momms.*) bonorum possessio.

angeboten wird, ſo zwar daß bei nicht erbetener contra tabulas noch immer eine bon. poss. secundum tabulas möglich iſt, nicht für eine bon. poss. intestati ausgegeben werden[3]). In der That iſt es im Syſtem der bonor. possessio feſtſtehender Satz, daß es drei Hauptgruppen gibt, in denen ein Erbbeſitz angetragen wird: die contra tabulas, die secundum tabulas und die intestati[4]).

Allein dieſe Eintheilung läßt für die Erfaſſung des Weſens der b. p. contra tab. die doppelte Möglichkeit beſtehen: entweder iſt dieſe eine ſelbſtändige Succeſſionsart, oder ſie ſtellt ſich nur als eine Miſchung der teſtamentariſchen und der geſetzlichen Erbfolge dar, die das Beſondere hat, daß ſie vor Beiden, ſoweit dieſelben ſich gegen einander geſondert halten, angetragen wird. In Wahrheit iſt dieſer letzten Auffaſſung der Vorzug zu geben. Genauer: an erſter Stelle erſcheint die prätoriſche Notherbfolge als eine zu Gunſten der übergangenen und weiterhin der eingeſetzten Notherben eröffnete geſetzliche Erbfolge; indeſſen läßt ſie die Möglichkeit zu, daß neben dieſer der letzte Wille für eine Reihe von Anordnungen — darunter auch Erbeseinſetzungen — in Geltung bleibt[5]).

Daß einer ſolchen Annahme keine Schwierigkeit aus den Ausdrücken „bon. poss. secundum tabulas“ und „intestati“ erwächſt, erſcheint handgreiflich, ſobald man bei dieſen Wendungen, wie ſoeben hervorgehoben wurde, den Ton darauf legt, daß die eine die reine teſtamentariſche, die andere die reine geſetzliche Erbfolge bezeichnet. Noch weniger aber ſteht unſerer Auffaſſung mit Rückſicht darauf ein Anſtand entgegen, daß die geſetzliche Erbfolge erſt in Ermangelung der teſtamentariſchen einzutreten pflegt. So ſehr wir dieſen Satz ſoeben in Anwendung auf

---

[3]) Dies wird beſonders ausgeführt von Förſter und Bluntſchli.

[4]) Dafür ſind außer den Stellen der Anm. 3 Ulp. fragm. tit. 28. Paul. l. 6 § 1 D. de bon. poss. 37. 1. Bonorum possessionis beneficium multiplex est: nam quaedam bonorum possessiones competunt *contra voluntatem*, quaedam *secundum voluntatem* defunctorum, nec non *ab intestato* habentibus jus legitimum vel non habentibus —.

[5]) Ich halte es demnach für verfehlt, wenn man die b. p. contra tabulas als einen beſonderen Succeſſionsgrund bezeichnet. So Francke S. 136 f. Mühlenbruch S. 51. Uhrig S. 23. S. 25 f. Sachlich ſteht übrigens Mühlenbruch der von mir vertheidigten Auffaſſung ſehr nahe. — Eben um des Umſtandes willen, daß in der contra tab. die teſtamentariſche Erbfolge ſich ſehr leicht zur geſetzlichen hinzugeſellt, erklärt es ſich, wenn dieſelbe in § 3 J. de bon. poss. 3. 9 eine bonorum possessio „ex testamento“ genannt wird.

die *bon. poss. intestati* für berechtigt erklärten, ſo wenig bezeichnet er ein weſentliches Merkmal im Begriff der geſetzlichen Erbfolge. Er wird im Gebiet der Notherbfolge verlaſſen bei der Berechtigung der civilen Accrescenzerben und bei der bon. poss. contra tabulas des Patrons, in gewiſſem Sinne auch bei der Querel, — überall mit Recht, weil die Grundſätze des Notherbenrechts ſich entgegen dem letzten Willen (ſelbſt wo dieſer an ſich gültig) Recht verſchaffen.

Der zu unternehmende Beweis unſrer auf die b. p. contra tabulas der Deſcendenten bezüglichen Behauptung hat die Geſammtnachfolge von den Nebenverfügungen des Teſtaments zu trennen:

A. Geſammtnachfolge. Indem wir von der Eintheilung der Succeſſionsgründe ausgehen, iſt zu ſagen: das Civilrecht kennt deren nur zwei. Denn nach ihm iſt der Begriff der geſetzlichen Erbfolge lediglich auf die negative Thatſache geſtellt, daß es zu einer Erbfolge aus dem Teſtament nicht kommt. In dieſem Sinne lehrt Gajus (II. 99):

> Ac prius *de hereditatibus* dispiciamus, quarum duplex condicio est: nam vel *ex testamento* vel ab intestato ad nos pertinent[6]).

Eben dieſe Unterſcheidung ſieht Ulpian l. 1 pr. D. si tabulae 38. 6 ſchon in den zwölf Tafeln betont, wenn er ausführt:

> Posteaquam praetor locutus est de bonorum possessione ejus qui testatus est, transitum fecit ad intestatos, *eum ordinem secutus, quem et lex duodecim tabularum secuta est:* fuit enim ordinarium ante de judiciis testantium dein sic de successione ab intestato loqui.

Für dieſen rein contradictoriſchen Gegenſatz hat aber vor Allem das keine Bedeutung, ob der thatſächlich erklärte letzte Wille von Anfang an ungültig iſt, oder ob ihm nur die Wirkſamkeit entzogen wird. In der That läßt ſich vom testamentum destitutum nur ſagen, daß es unwirkſam geworden iſt[7]).

Demnach beſteht von dieſer Seite gewiß kein Hinderniß, das prätoriſche Inſtitut der b. p. contra tab. in jene zweigliedrige Eintheilung einzuordnen. Eben ſo wenig aber verſagt dieſe in dem

---

[6]) Vergl. dann noch § 6 J. per quas pers. 2. 9. pr. J. de her. quae ab int. 3. 1. *Schrader* ad § 6 J. cit. et ad pr. J. cit.

[7]) So wenigſtens die Erbeseinſetzung, mag auch bezüglich der Nebenverfügungen von einer aus dem Wegfall der Einſetzung folgenden Ungültigkeit geſprochen werden. Vergl. Windſcheid III § 563 Num. 2.

andern Falle, wo die Erbfolge nur theilweiſe — zu einem Bruchtheil des Vermögens — der Herrſchaft des letzten Willens entzogen wird. Es kommen dann bei dem einigen Nachlaß beide Succeſſionsgründe neben einander zur Geltung. Für das Gebiet des civilen Notherbenrechts bezeugen das die Erbfolge der Accrescenzerben und das durch die querella inofficiosi testamenti vermittelte Pflichttheilsrecht: dort muß, hier kann zu einem Bruchtheil des Nachlaſſes geſetzliche, zu einem andern teſtamentariſche Erbfolge eintreten. Auf dem Boden des prätoriſchen Rechts begegnet die gleiche Erſcheinung zunächſt im Pflichttheilsrecht des Patrons und des Parens Manumiſſor (darauf komme ich im zweiten Abſchnitt dieſer Abhandlung); einen weiteren, demſelben Boden entſprungenen Beleg gewährt unſre bon. poss. contra tabulas der Deſcendenten.

Freilich wird nicht allgemein zugegeben, daß dieſe b. p. contra tabulas bei der in Frage ſtehenden theilweiſen Aufrechthaltung des Teſtaments mit den genannten drei Inſtituten des civilen und prätoriſchen Rechts auf eine Linie zu ſtellen ſei. Insbeſondere ſucht Uhrig zu zeigen (S. 23 f.), daß dieſe Aufrechthaltung bei unſerm Inſtitut eine ſpezifiſch andere ſei, als bei den übrigen erwähnten Geſtaltungen der Notherbfolge, insbeſondere bei der querella inofficiosi testamenti. Bei dieſer wäre von einer ſolchen Aufrechthaltung des Teſtaments blos da zu reden, wo der Anſpruch nur gegen einen Theil des Teſtaments gerichtet wäre; die contra tabulas bon. possessio aber wäre ſtets gegen das ganze Teſtament gerichtet: blieben alſo trotzdem einzelne Theile des Teſtaments ſtehen (genannt ſind Enterbungen und Pupillarſubſtitutionen), ſo beruhte dies darauf, daß hier das Teſtament in Kraft bliebe.

In dieſer Ausführung tritt deutlich die Vorausſetzung zu Tage, es könnten bei der contra tab. b. p. beſtimmte letztwillige Nebenverfügungen an dem an ſich gültigen Teſtament einen Halt finden, auch wenn kein Teſtamentserbe erwirbt. Davor hätte ſchon der Umſtand warnen ſollen, daß in dem gedachten Falle ein ſelbſtändiger Grund der Unwirkſamkeit des Teſtaments gegeben iſt, — die Deſtitution deſſelben. In der That iſt jene Annahme ſchlechthin zu verwerfen. Von der Enterbung wird es deutlich in den Quellen geſagt, daß ſie bei ausbleibender Antretung hinfällig wird[8]); das Gleiche

[8]) l. 20 pr. D. h. t. 37. 4. l. 12 § 5 D. de bon. libert. 38. 2.

muß — entgegen einer ſehr verbreiteten Meinung — von der Pupillarſubſtitution behauptet werden. Von dieſer wird unter B (bei den Nebenverfügungen), ausführlicher im § 29 unter III gehandelt werden.

Der mögliche Erfolg der prätoriſchen Notherbfolge iſt ein ſo vielgeſtaltiger, daß hier in kurzen Zügen der Antheil gezeichnet werden muß, welcher dem einen wie dem andern der beiden allgemeinen Succeſſionsgründe bei jenem Erfolge zukommt, — ein Punkt, der andernfalls bei der Darſtellung der Wirkungen der contra tabulas b. p. klar gelegt werden müßte. Der Ueberſichtlichkeit wegen gebe ich dabei in den Anmerkungen auch für ſolche Sätze die Beweiſe an, welche ſchon an früherer Stelle dargelegt ſind.

1. Ohne Bedenken nehme ich, wie ſchon angedeutet wurde, bei einer Claſſe der im Gebiet der b. p. contra tab. begegnenden Deſcendenten geſetzliche Erbfolge an: bei den im Teſtament übergangenen liberi. Sie ſtellen ſich in den ſchärfſten Gegenſatz zum Teſtament; für ihre Erbberechtigung können ſie dieſes nicht anrufen.

2. Nach meinem Dafürhalten findet aber auch geſetzliche Erbfolge in der Perſon der im Teſtament eingeſetzten Notherben ſtatt, ſofern dieſe die bon. poss. commisso per alium edicto nachſuchen. Zwar könnte man meinen, es verſchaffte ſich hier im Gewande der b. p. contra tabulas die teſtamentariſche Erbfolge Eingang[9]); kommen doch unter den eingeſetzten Deſcendenten auch ſolche zu dieſer abgeleiteten contra tabulas, welche überall nicht an der prätoriſchen Erbfolge der Claſſe Unde liberi Theil haben: ich meine die in einer fremden (der Adoptiv-) Familie ſtehenden Kinder[10]). Allein dieſe Annahme iſt ſicher zu verwerfen: es darf für keinen unter den die *b. p. contra tabulas* agnoscirenden Erben teſtamentariſche Erbfolge angenommen werden. Sieht man vorerſt ab von den ſoeben erwähnten Kindern in der Adoptivfamilie, ſo ſteht es nach den Quellen feſt, daß die eingeſetzten Notherben die contra tabulas b. p. nur erhalten, wenn ſie nicht auf Grund des Teſtaments antreten[11]).

---

[9]) Noch weiter geht mit Andern Förſter S. 385. Er hält zwar an dem Satze feſt, daß es nur die zwei Succeſſionsgründe der teſtamentariſchen und der geſetzlichen Erbfolge gibt, aber er will die contra tabulas vollſtändig der Erſteren zuweiſen. Andere Stimmen für dieſe Auffaſſung bei Uhrig S. 23.

[10]) Vergl. § 4 J. de exher. lib. 2. 13. § 10 J. de her. quae ab int. 3. 1.

[11]) Afric. l. 14 pr. D. h. t. Si duobus filiis emancipatis alter heres institutus sit, alter praeteritus, si institutus adierit, quamvis verbis edicti parum

Und wie hierin ein ſcharfer Gegenſatz gegen die Nachfolge aus dem Teſtament ausgeprägt iſt, ſo tritt der gleiche Gegenſatz in dem andern Satze zu Tage, daß die erbetene contra tabulas in die b. p. secundum tabulas *umgewandelt* wird, wenn ſie nur vom eingeſetzten, nicht auch vom übergangenen Notherben nachgeſucht iſt[12]).

Einen ferneren Beweis gewährt die Behandlung der *Vermächtniſſe*. Greift der eingeſetzte Notherbe, neben welchem ein anderer die bon. poss. contra tabulas nachſucht, zur Antretung auf Grund des Teſtaments, ſo muß er *alle* ihm auferlegten *Vermächtniſſe* leiſten[13]). Sucht er dagegen die b. p. contra tabulas (commisso per alium edicto) nach, ſo trifft ihn nur die beſondere Leiſtungspflicht wegen der *Vermächtniſſe an Eltern und Kinder*, wie ſie das mit jener bon. possessio verknüpfte Edict über die Vermächtnißleiſtung vorſchreibt[14]). Dieſer Gegenſatz und der Umſtand, daß gerade mit Hinblick auf denſelben in l. 16 D. de legat. praest. 37. 5. nur bei dem aus dem Teſtament erbenden Notherben die Haftung wegen der Vermächtniſſe darauf gegründet wird, „quia plena fruatur voluntate“, beweiſt ſchlagend, daß der eingeſetzte Notherbe, wenn er zur bonor. possessio commisso per alium edicto gelangt, *überall nicht ſo angeſehen wird*, als ſei er Erbe auf Grund des Teſtaments.

Was ſodann die einer Adoptivfamilie angehörigen Kinder angeht, ſo hindert zwar bei ihnen die Antretung der teſtamentariſchen Erbſchaft die Agnition der b. p. contra tab. nicht, aber es wird doch von ihnen geſagt, *daß ſie nicht anzutreten brauchen*[15]). Ferner werden bei allen kraft der contra tabulas erbenden liberi die Erbtheile nicht nach den Anordnungen des Teſtaments, ſondern nach den *geſetzlichen* Erbtheilen bemeſſen, welche den einzelnen Deſcendenten bei vorausgeſetzter Suität zufallen müßten[16]). Daher darf auch be-

---

expressum sit, tamen non posse eum petere bonorum possessionem respondit, quia judicium patris secutus sit —. Vergl. noch wegen des teſtamentariſchen Erbtheils l. 3 § 15 l. 10 § 3 D. h. t., wegen des entſprechenden Satzes in Anſehung der Vermächtniſſe l. 3 § 16. l. 15 D. h. t. l. 5 § 2 D. de legat. praest. 37. 5.

[12]) l. 14 pr. l. 15 § 1 D. de legat. praest. 37. 5.

[13]) l. 14 pr. D. h. t. l. 16 D. de legat. praest. 37. 5. Wegen der abweichenden l. 15 § 1 D. eod. vergl. § 26 unter II B.

[14]) l. 16 D. cit. l. 14 pr. l. 15 § 1 citt.

[15]) Ulp. l. 10 § 1—3 D. h. t. l. 10 § 1 cit.: — nec (enim del. Momms.) exigimus, ut adeat hereditatem, sed sufficit, ut ei delata sit adquirique possit.

[16]) l. 8. § 14 verb. mit l. 1 § 1. l. 11 § 1 D. h. t.

züglich der in Adoption gegebenen Kinder nur geſagt werden: ihre Einſetzung im Teſtament bildet für das Edict *den Beweggrund*, um deſſen willen ihnen ungeachtet des Mangels deſcendentiſcher geſetzlicher Erbberechtigung die prätoriſche Notherbfolge eröffnet wird. Eine Erklärung der Thatſache dieſer Zulaſſung wird weiter unten verſucht werden.

Das bisher Beigebrachte ſollte den Gedanken zurückweiſen, als könnte bei dieſen zur Notherbfolge gerufenen Deſcendenten von einer Succeſſion *aus dem Teſtament* die Rede ſein; poſitive Beweiſe dafür, daß geſetzliche Erbfolge vorliegt, werden nach Darſtellung von zwei andern Claſſen concurrirender Erben vorgelegt werden.

3. Die geſetzliche Erbfolge, welche für die zwei beſprochenen Claſſen behauptet wird, will ich um des ſogleich hervorzuhebenden Gegenſatzes willen als *qualifizirte* bezeichnen. Zur Erklärung dient das im Eingang von 4 zu Bemerkende. Neben den Erben dieſer beiden Claſſen können andere ſtehen, *welche lediglich auf Grund des Teſtaments* —, wieder andere, welche *kraft der reinen geſetzlichen Erbfolge* ſuccediren. Zunächſt von den Erſteren. Zu ihnen gehören die eingeſetzten Notherben, welche den Erwerb kraft Teſtaments der bon. poss. contra tab. vorziehen[17]); ſodann die eingeſetzten exceptae personae ohne Notherbenrecht (Eltern, Kinder u. ſ. f.), denen vermöge einer aus dem edictum de legatis praestandis herausgewachſenen Rechtsbildung die ihnen vom Erblaſſer zugedachten Erbtheile in gewiſſem Umfange erhalten werden. Von dieſen beiden Claſſen von Teſtamentserben wird in den §§ 25 und 28 näher gehandelt werden[18]). — Hinzugekommen iſt ſeit Mark Aurel ein Fall der Erbfolge von extranei heredes: ſind weibliche Notherben vorhanden, ſo erlangen dieſe auch im Wege der b. p. contra tabulas nur ſo viel, als ihnen das Accrescenzrecht gewähren würde; im Uebrigen bleibt die Erbfolge der eingeſetzten Erben ſtehen.

4. *Der reinen geſetzlichen Erbfolge* entſpricht ſachlich die Stellung des übergangenen Hausſohnes ſowie des postumus suus ſchon

---

[17]) Afric. l. 14 pr. D. h. t.: illud observandum, ut praetor eum, qui heres institutus adierit, *in eam partem qua scriptus sit tueri debeat*, dum tamen non ampliorem, quam habiturus esset, si bonorum possessionem accepisset —. l. 15 § 1. l. 16 D. de legat. praestand. 37. 5. l. 10 D. de collat. bon. 37. 6.

[18]) Vergl. einſtweilen l. 5 § 6. l. 6. l. 7 D. de legat. praest. 37. 5.

da, wo dieſe die b. p. contra tab. nachſuchen. Denn dieſelben bleiben — anders als die übrigen zur contra tabulas gelangenden Notherben — von aller Vermächtnißleiſtung frei [19]). Indeſſen können ſich ſolche übergangene sui auch der Theilnahme an der b. p. contra tabulas ganz enthalten, indem es für die Begründung ihrer Anſprüche ausreicht, daß ſie nach Civilrecht zufolge der aus ihrer Uebergehung ſich ergebenden Nichtigkeit des Teſtaments ipso jure geſetzliche Erben ſind [20]).

Der Weg der geſetzlichen Erbfolge allein aber eröffnet ſich den enterbten Notherben in folgenden Fällen.

Zunächſt wenn Uebergehung eines (andern) suus vorliegt. Gehört dieſer zu den im Eingang dieſer Nummer bezeichneten sui, ſo daß ſeine Uebergehung das Teſtament nach Civilrecht vernichtet, ſo kommt das dem enterbten suus wie Emancipirten zu gut, wenngleich das prätoriſche Recht das Teſtament zur Begründung der b. p. secundum tabulas wie contra tabulas ausreichen läßt. Der enterbte suus wird ipso jure geſetzlicher Erbe; ferner ſteht nicht nur ihm, ſondern auch dem Emancipirten die bon. poss. intestati offen [21]).

Die gleiche Hülfe eröffnet Tryphonin in l. 20 pr. D. h. t. dem enterbten suus im Falle des wegen ausbleibender Antretung der eingeſetzten Erben hinfälligen Teſtaments. Treffen daher im einzelnen Fall ein übergangener und ein enterbter Notherbe zuſammen, ſo liegt ein Widerſtreit des bei dem einen und beim andern vorhandenen

---

[19]) l. 15 pr. l. 16 D. eod. — Auf den erſten Blick ſcheint ſich ein Unterſchied bei der Collation zu ergeben. Daß der präterirte suus dieſe fordern kann, wenn er die b. p. contra tab. agnoscirt, verſteht ſich von ſelbſt. Aber hat er den Anſpruch auch dann, wenn er ſich blos auf ſein civiles geſetzliches Erbrecht ſtützt? Ich ſtehe nicht an, dies zu bejahen; ſpricht doch Scävola in l. 10 D. de collat. 37. 6 die Collation dem eingeſetzten suus zu, der ſich die teſtamentariſche Erbfolge genügen läßt. Und wenn nach Tryphon. l. 20 § 1 D. h. t. dem enterbten suus, der nach Deſtitution des Teſtaments zur geſetzlichen Erbfolge kommt, nicht conferirt werden ſoll, ſo wird dafür ausdrücklich geltend gemacht, daß der Enterbte überall nicht zur contra tabulas berufen war. Vergl. wegen der l. 10 cit. Fein, Collation S. 83 f.

[20]) Paul. l. 15 pr. D. eod. Is qui in potestate est praeteritus — et non petita bonorum possessione intestati hereditatem optine(re)t —. l. 13 C. de jure delib. 6. 30.

[21]) Ulp. l. 1 § 9 D. si tabulae 38. 6. Si emancipatus filius exheres fuerit, is autem qui in potestate fuerat praeteritus, emancipatum *petentem ab intestato bonorum possessionem* unde liberi tueri debet praetor usque ad partem dimidiam, perinde atque si nullas tabulas pater reliquisset. l. 32 D. de lib. 28. 2.

Intereſſe an der Frage des Erwerbs des Teſtamentserben vor, — ein Umſtand, der leicht, wie l. 20 cit. hervorhebt, den einzelnen Notherben zu Verhandlungen mit dem Eingeſetzten Behufs der Beeinfluſſung ſeiner Entſchließung beſtimmen wird[22]). Was Tryphonin vom enterbten *suus* ſagt, wird man auf den enterbten Emancipirten übertragen dürfen[23]). Leiſt beſtreitet dies, weil — in dem allein intereſſirenden Fall der l. 20 pr. cit. — der Erbbeſitz mit der einmal ertheilten contra tab. b. p. definitiv vergeben ſei. Allein damit wird doch nur die Regel betont, daß die Agnition der bon. poss. aus einer vorſtehenden Claſſe den folgenden Claſſen den Zugang zum Erbbeſitz verſchließt. Müſſen aber Ausnahmen anerkannt werden — davon am Schluß dieſes Paragraphen —, ſo iſt aller Anlaß vorhanden, den beſprochenen Fall ihnen zuzuzählen.

Bezüglich der ſoeben unter 3 und 4[24]) dargeſtellten Claſſen von Erben erſcheint eine weitere Ausführung Behufs der Beurtheilung der Frage nach dem Verhältniß der contra tabulas zu den Succeſſionsgründen nicht erforderlich. Dagegen iſt bezüglich der unter 1 und 2 beſprochenen Erben, damit aller Notherben, welche zur b. p. contra tab. kommen, der bisher allein geführte negative Beweis, daß ihnen eine teſtamentariſche Erbfolge nicht zuzuſchreiben iſt, jetzt zu ergänzen: es iſt auszuführen, daß ihre Succeſſion wirklich die Bedeutung der Inteſtaterbfolge hat. Hier dient zunächſt zum Beweiſe, daß der Prätor bei der Ausbildung der b. p. contra tab. in weitem Umfange dem Vorbild des Civilrechts gefolgt iſt. Seine Notherbfolge hält im Weſentlichen die Vorſchriften des Civilrechts über Einſetzung und Enterbung feſt, ſie zeigt auch bei der Beſtimmung der berechtigten Perſonen einen vollſtändigen Parallelismus mit der civilen Notherbfolge. Denn wie nach dieſer die erſte civile Inteſtat-

[22]) Ausführlich über die l. 20 pr. cit. Mühlenbruch 37 S. 10—14. Schmidt S. 103 f. Anm. 122. Leiſt, Fortſ. II S. 64—70. (Zu der von Schmidt empfohlenen Aenderung der Interpunktion liegt eine ausreichende Veranlaſſung nicht vor.)

[23]) So Schmidt a. a. O. Anm. 122 a. E. Dagegen Leiſt S. 70 Anm. 99.

[24]) Außer Betracht bleibt für jetzt der Fall, wo zwar die b. p. contra tabulas durch Uebergehung eines Notherben begründet, aber nur eine bon. poss. commisso per alium edicto nachgeſucht iſt. Davon, daß hier der bonor. possessor lediglich als Teſtamentserbe behandelt wird, — l. 14 pr. l. 15 § 1 D. de legat. praest. 37. 5 verbunden mit l. 17 D. de injusto 28. 3, — wird im § 26 unter II A (bei Anm. 15) und unter II B zu reden ſein.

claſſe der sui, ſo iſt bei der bon. possessio (mit Ausnahme der ſingulären Zulaſſung der in der Adoptivfamilie ſtehenden liberi) die erſte prätoriſche Inteſtatclaſſe der liberi zur Notherbfolge berufen. Nun iſt die civile formelle Notherbfolge ohne Zweifel geſetzliche Erbfolge — nicht allein bei vorliegender Uebergehung eines Hausſohns oder postumus suus, was wegen der Nichtigkeit des Teſtaments ſelbſtverſtändlich, ſondern auch, wie wir im § 4 unter III darzulegen ſuchten, bei der Uebergehung eines Accrescenzerben: danach wird ſich auch ſagen laſſen, daß die bon. poss. contra tabulas den gleichen Gedanken zu verwirklichen beſtimmt iſt.

Ohne Frage iſt ja auch die Thatſache allein, daß die an der b. p. contra tabulas Theil habenden Deſcendenten identiſch ſind mit den liberi, wie ſie zur erſten Claſſe der prätoriſchen Inteſtaterbfolge gerufen werden, ein Beweis dafür, daß jene bonor. possessio den Notherben entgegen dem Teſtament die geſetzliche Erbfolge deferirt. Eine Reihe von Sätzen unterſtützt dies. Bemerkt iſt ſchon, daß die Erbtheile ſo bemeſſen werden, als kämen die Notherben als sui zur geſetzlichen Erbfolge[25]; ferner beziehen ſich gleichmäßig auf Letztere wie auf die Notherbfolge, aber auch nur auf Beide, die Collation[26] (bis auf das Novellenrecht), ſowie das Edict de conjungendis cum emancipato liberis ejus[27]. In ihrer Entſtehung ſind auch die missio ventris nomine und das Carbonianiſche Edict auf die bei der contra tab. b. p. und der bon. poss. Unde liberi in Frage kommenden Deſcendenten beſchränkt geweſen[28].

Zu würdigen ſind jetzt noch die Gründe, welche der von uns vertheidigten Conſtruction entgegengeſtellt werden. Von dieſen iſt bereits erledigt die Berufung auf die Ordnung, in welcher die bon. possessio den einzelnen Erbclaſſen angeboten wird. Zum Theil iſt auch ſchon von dem Einwurfe gehandelt, daß gewiſſe, nicht zu Gunſten von Notherben getroffene Verfügungen des letzten Willens ungeachtet der bon. poss. contra tabulas in Geltung bleiben[29]. In

[25]) Vergl. die Stellen in Anm. 16 (S. 158).

[26]) Ulp. 28. 4. Collat. XVI. 7 § 2. l. 20 § 1 D. h. t. l. 1 C. de collat. 6. 20. Vergl. auch l. 17 C. eod.

[27]) l. 1 pr. § 2 l. 3 D. de conjung. 37. 8. l. 1 § 7. l. 5 D. si tabulae 38. 6.

[28]) Vergl. l. 1 pr. § 2. § 11—13 D. de ventre in poss. 37. 9. l. 1 pr. § 3—5 l. 3 pr. D. de Carbon. ed. 37. 10. Schmidt, Notherbr. S. 70 Anm. 13.

[29]) Neben den auf S. 156 beſprochenen Ausführungen von Uhrig kommen hier die Bemerkungen von Förſter S. 383 und Mühlenbruch S. 47 in Betracht.

dieſer Beziehung ſind, da wir hier von der Geſammtnachfolge handeln, nur noch zwei Punkte zu beſprechen; ſie dürfen nicht übergangen werden, weil in ihnen Unterſchiede in der Zuſammenſetzung der berechtigten Perſonen bei der prätoriſchen Notherbfolge und der bon. poss. Unde liberi begegnen. Der eine iſt die Aufrechthaltung der Enterbungen[30]) im Fall der Antretung der Erbſchaft durch mindeſtens einen Teſtamentserben, — der andere iſt die Zulaſſung der im Teſtament eingeſetzten, in fremder Familie ſtehenden Deſcendenten des Erblaſſers.

Die Erhaltung der Enterbungen bereitet unſrer Anſicht keine Schwierigkeit, ſie iſt lediglich Folge davon, daß das Teſtament ungeachtet der b. p. contra tab. in Geltung bleibt. Mit Rückſicht hierauf verweiſt auch das prätoriſche Recht den Enterbten auf die Querel[31]).

Die Verleihung der bon. poss. commisso per alium edicto an die in der Adoptivfamilie ſtehenden eingeſetzten Kinder iſt entſchieden eine Anomalie vom Standpunkt der geſetzlichen Erbfolge; aber zu betonen iſt, daß ſie eine eben ſo große Anomalie iſt vom Standpunkt der Notherbfolge[32]). Denn dieſe ruft hier Deſcendenten, auf die ſich die an den Erblaſſer gerichtete alternative Vorſchrift des Einſetzens oder Enterbens nicht bezogen hat: fehlt doch denſelben die Eigenſchaft von liberi. Suchen wir zu beſtimmen, aus welchem Grunde dieſe Deſcendenten zur prätoriſchen Notherbfolge zugelaſſen ſind; damit wird zugleich gezeigt ſein, warum bei ihnen vom Mangel geſetzlicher Erbberechtigung abgeſehen iſt.

Ihre Aufnahme unter die Notherben dürfte auf zwei Gründen ruhen. Zunächſt ſprach für ihre Zulaſſung die Rückſicht auf das enge Band der Blutsverwandtſchaft, — eine Rückſicht, der der Erblaſſer

---

[30]) Wegen ihres Zuſammenhangs mit der Erbfolge ſind die Enterbungen ſchon hier bei der Geſammtnachfolge zu erledigen. Vergl. auch das bei Anm. 8 Geſagte (S. 156).

[31]) Ulp. l. 8 pr. D. h. t. Non putavit praetor exheredatione notatos et remotos ad contra tabulas bonorum possessionem admittendos, sicuti nec jure civili testamenta parentium turbant: sane si velint inofficiosi querellam instituere, est in ipsorum arbitrio. l. 10 § 5. l. 20 pr. D. eod.

[32]) Darum bildet dieſe Erſcheinung für die Anſicht, welche die bon. poss. contra tab. für einen eigenthümlichen Succeſſionsgrund erklärt, eine eben ſo große Schwierigkeit, wie für uns. Denn auch dieſe Anſicht nimmt einen Gegenſatz der prätoriſchen Notherbfolge zur teſtamentariſchen an.

ſelbſt durch ihre Erbeseinſetzung Rechnung getragen hatte[33]). Sie erklärt, warum man ſie nicht völlig von der Erbfolge ausſchloß; aber warum wurden ſie durch die Zulaſſung zur bon. poss. contra tab. vor andern liberi und parentes ausgezeichnet, denen das Edict de legatis praestandis Hülfe gewährte? Der Grund liegt darin, wie mir ſcheint, daß bei ihnen, abgeſehen von der Thatſache, die ſie von der väterlichen Gewalt des Erblaſſers befreit hatte, die Vorausſetzungen deſſelben unmittelbaren Gewaltverhältniſſes vorlagen, wie ſie bei den sui gegeben waren. Nun fingirte man ja auch bei den Emancipirten die Suität, es kann daher nicht befremden, wenn man dieſelbe Fiction auf jene Deſcendenten anwandte. Damit gewann man zugleich den Maßſtab ihres Erbtheils, an dem es ſonſt, da ſie nicht zu den liberi gehörten, gefehlt haben würde. Daß in der That ſo verfahren wurde, erſehen wir aus Ulp. l. 8 § 14 D. h. t.[34])

Indem man ſich aber auf ſolche Weiſe über den Mangel ihrer Eigenſchaft als liberi hinwegſetzte, war auch das Bedenken bei Seite geſetzt, daß ſie, obwohl nicht geſetzliche Erben, zu der durch die b. p. contra tab. begründeten qualificirten geſetzlichen Erbfolge Zutritt erhielten.

Noch iſt hier einem möglichen Einwurfe gegen unſre Auffaſſung zu begegnen. Man behauptet, für die bon. poss. contra tab. kommen auch nach neueſtem Recht nur die *liberi* des claſſiſchen Rechts in Frage[35]): danach ſtimmte der Kreis der zur Notherbfolge gelangenden Deſcendenten nicht mehr mit dem Deſcendentenkreiſe überein, welchem geſetzliche Erbberechtigung zuſteht[36]). In Wirklichkeit begründet auch

[33]) Ulp. l. 8 § 11 D. h. t. In adoptionem datos filios non summoveri praetor voluit, modo heredes instituti sint, et hoc justissime eum fecisse Labeo ait: nec enim in totum extranei sunt. —

[34]) l. 8 § 14 cit.: praetori enim propositum est, — eas partes unicuique liberorum tribuere, *quas* intestato patre mortuo *in hereditate habiturus esset, si in potestate mansisset:* et ideo sive emancipatus sive is qui in potestate(m) mansit *sive in adoptionem datus* ex minima parte heres scriptus sit, non redigitur ad eam portionem, ex qua institutus est, sed virilem accipit.

[35]) Vergl. Vangerow II § 472 Anm. unter III.

[36]) Man darf nicht ſagen, daß der bemerkte Unterſchied in den Perſonenkreiſen allererſt durch die Nov. 118 begründet ſei: ſchon vor dieſem Geſetz gab es auch bei der Beerbung von Männern Deſcendenten mit geſetzlicher Erbberechtigung, welche nicht zu den liberi gerechnet werden konnten: es waren dies die von Töchtern herrührenden Enkel. Vergl. l. 12 C. de suis et legit. 6. 55, verbunden mit l. 4 C. Th. de legit. her. 5. 1 (= l. 9 C. J. de suis et legit. 6. 55). §§ 15. 16 J. de her. quae ab int. 3. 1. Nov. 18 c. 4.

das kein Bedenken. So jedenfalls nicht für Alle, welche das Fortbeſtehen einer bon. poss. contra tab. neben dem Recht der Nov. 115 leugnen, und dieſer Anſicht ſchließen wir uns an. Aber auch vom Standpunkt Derer, welche die fortdauernde Geltung der bon. poss. contra tab. annehmen, iſt lediglich zu ſagen, daß zu dieſer *nur eine bevorzugte Claſſe der deſcendentiſchen Inteſtaterben* gelangt. Das kann nicht hindern, daß die Notherbfolge für ſolche Nachkommen noch immer die Bedeutung einer geſetzlichen Erbfolge hat. Zudem iſt es doch klar, daß wir von einer Novelle Juſtinian's keine Aufſchlüſſe für eine Unterſuchung über das Weſen einer der erſten Kaiſerzeit angehörigen Schöpfung des prätoriſchen Rechts zu erwarten haben.

B. *Nebenverfügungen des Teſtaments.* Hier iſt Einiges aus der in den §§ 25—29 folgenden Darſtellung vorwegzunehmen. Aufrecht erhalten werden gegenüber der prätoriſchen Notherbfolge die *Vermächtniſſe* an Eltern und Kinder bis zum Geſammtbetrage einer Virilportion, das Vermächtniß der Dos an Frau und Schwiegertochter des Erblaſſers, ſoweit eine Dos geſchuldet wird, die *Freilaſſungen* und *Vormundsernennungen* unter der Vorausſetzung der Antretung der Teſtamentserben, — ſo jedoch, daß bei der Vormundsernennung regelmäßig wohl trotz ausbleibender Antretung Beſtätigung erfolgte. Nach unſrer Annahme bleibt auch die *Pupillarſubſtitution* nur beſtehen, wenn ein Erwerb der Erbſchaft aus dem Teſtament eintritt.

Um gegenüber dieſen Sätzen unſre Annahme rückſichtlich der Stellung der bon. poss. contra tab. im Gebiet der Succeſſionsgründe zu rechtfertigen, bedarf es nur weniger Bemerkungen. Wir nahmen *qualificirte* geſetzliche Erbfolge der Notherben an, weil man die Möglichkeit beſtehen ließ, daß für eine Reihe von Anordnungen — darunter auch Erbeseinſetzungen — der letzte Wille in Geltung blieb. Es bedarf daher nur des Nachweiſes, daß ein Beſtehen von letztwilligen Verfügungen, wie ſie ſoeben beſchrieben wurden, neben der geſetzlichen Erbfolge rechtlich möglich iſt. Hier genügt es bezüglich der *Vormundsernennungen*, daß wir auf deren im § 29 unter II zu beſprechende weitreichende Selbſtändigkeit — ſelbſt gegenüber der Ungültigkeit des Teſtaments — verweiſen. Bei den *Freiheitsertheilungen* und der *Pupillarſubſtitution* iſt auf die verwandte Erſcheinung im Recht der querella inofficiosi testamenti

aufmerksam zu machen[37]). Bezüglich der Vermächtnisse bieten Analogien das Rechtsverhältniß der civilen Accrescenzerben[38]), sodann die bon. poss. contra tab. des Patrons, der bis auf Justinian die Vermächtnisse an Kinder des Freigelassenen gelten lassen mußte[39]).

Uebrigens ist von dem die Vermächtnißfrage bei der b. p. contra tab. der Descendenten regelnden edictum de legatis praestandis zu sagen, daß dasselbe singulär ist. Dies zeigt seine Beschränkung auf bestimmte bevorzugte Bedachte, — mehr noch der Umstand, daß die Vermächtnisse auch dann erhalten bleiben, wenn die Testamentserben die Erbschaft nicht antreten, — vor Allem der Satz, daß selbst die einem einzelnen im Testament gerufenen Notherben auferlegten Vermächtnisse stets zu Lasten der sämmtlichen an der contra tab. bon. poss. Theil habenden Notherben erhalten bleiben[40]).

Hiernach wird man die Belastung der prätorischen Notherben mit den beschriebenen Vermächtnissen als positive Satzung behandeln müssen, wie man auch über das Verhältniß der contra tabulas zum System der Successionsgründe denken mag.

Oben in den Nummern 1—4 wurde gezeigt, in welcher Weise die prätorische Notherbfolge dahin führen kann, daß neben einander qualificirte und reine gesetzliche sowie testamentarische Erbfolge Platz greifen. Dies führt auf die streitige Frage, ob der Prätor gleichzeitig die bonorum possessio aus verschiedenen Classen ertheilte, somit neben der b. p. contra tab. die secundum tabulas oder die intestati. Ohne Zweifel war der Regel nach eine solche Häufung unzulässig[41]); eben so bestimmt aber ist zu sagen, daß sie ausnahmsweise — bei vorhandenem wirklichem Bedürfniß — Platz griff[42]). Wir werden daher allerdings bestreiten müssen, daß ein im Testament

---

[37]) Vergl. § 50 unter I. 2 und 3.

[38]) Davon § 4 unter III (S. 18).

[39]) l. 4 pr. D. de cond. et dem. 35. 1. vergl. mit l. 64 (66) § 3 D. ad SC. Trebell. 36. 1. l. 1 § 2 D. si quid in fraud. patr. 38. 5. l. 4 § 16 C. de bon. libert. 6. 4. Dazu Schmidt, Pflichtth.-R. S. 78 f. S. 82.

[40]) l. 14 § 1 D. de legat. praest. 37. 5.

[41]) Papin. l. 42 § 2 D. de bon. libert. 38. 2. — sine dubio qui sequentis gradus sunt non admittentur interim: cum enim praecedit alia possessio, qui sequitur accipere non potest. l. 12 D. de Carb. ed. 37. 10. l. 2 pr. D. de b. p. sec. tab. 37. 11. l. 1 § 2 D. si tabulae 38. 6.

[42]) Dafür Schmidt S. 105. 106. Schirmer I S. 56—61.

eingeſetzter Notherbe, dem die bon. poss. commisso per alium edicto offen ſtand, damit namentlich auch das neben einem übergangenen Notherben durch das Teſtament gerufene Kind in fremder Familie, die bon. poss. secundum tabulas erhielt, ſo lange es überhaupt zur contra tabulas kommen konnte. Aber ein ſicheres Beiſpiel der angegebenen Häufung gewährt der in l. 32 D. de lib. 28. 2. l. 1 § 9 D. si tabulae 38. 6 behandelte Fall des enterbten Emancipirten, neben welchem ein übergangener suus ſtand. Dem Letzteren war die bon. poss. contra tab. nicht abzuſchneiden, er konnte ſie überdies nachſuchen, bevor der Emancipirte ſich für die Geltendmachung der geſetzlichen Erbberechtigung entſchied. Umgekehrt durfte man dem Emancipirten die bon. poss. Unde liberi, die den einzigen Weg zur Verwirklichung ſeiner Erbberechtigung bildete, nicht verſagen. Nicht minder beſtimmt läßt ſich auf den eingeſetzten Erben verweiſen, dem ein lediglich nach prätoriſchem Recht gültiges Teſtament zur Seite ſtand, der daher auch nur mittelſt der bon. poss. secundum tabulas zur Erbfolge gelangen konnte: wurde gegen einen ſolchen Erben in der Zeit nach Mark Aurel die bon. poss. contra tabulas von einem weiblichen Notherben geſucht, ſo mußten die contra tabulas und die secundum tab. bon. poss. einander begegnen.

C. Einfluß der bonorum possessio contra tabulas auf die Vermächtniſſe.

§ 25.

1. Bedeutung des edictum de legatis praestandis. — Die bei den betreffenden Vermächtniſſen in Betracht kommenden Perſonen*).

I. Wenn der Prätor den Notherben in der für ſie begründeten Geſammtnachfolge der bon. poss. contra tab. ein Mittel gewährt hat, den geſammten Nachlaß an ſich zu ziehen, ſo hat er damit im Grundſatz anerkannt, daß die Notherbfolge die im Teſtament angeordneten Vermächtniſſe vereitelt. Indeſſen iſt in einem beſonderen Edict eine umfangreiche Ausnahme aufgeſtellt: betrachten wir hier zunächſt das Verhältniß dieſer Vorſchrift zum letzten Willen. Nach Ulpian, l. 1 pr. D. de legat. praest. 37. 5, hatte das Edict beſtimmt,

> ut *qui judicia patris rescindunt* per contra tabulas bonorum possessionem, *ex judicio ejus quibusdam personis legata et fideicommissa praestarent* —.

*) Leiſt, Fortſ. II S. 46—53.

So wenig nun anerkannt werden kann, daß durch die contra tab. bon. poss. der letzte Wille im Ganzen ungültig würde, so wenig darf an sich — das hebt Leist nachdrücklich hervor — ein Ungültigwerden der Vermächtnisse angenommen werden. Allerdings erlöschen diese, wenn das Vermögen in Folge des Ausfallens sämmtlicher Testamentserben an den gesetzlichen Erben kommt[1]; findet aber der Erwerb der Erbschaft aus dem Testament statt, so werden die eingesetzten Erben zur Vermächtnißleistung verpflichtet. Indessen wird die Erbschaft diesen Erben durch den Notherben entwehrt[2]; in Folge dessen sind den Vermächtnißnehmern die Klagen zu versagen, oder diese werden durch exceptio doli beseitigt. So nach regelmäßigem Recht. Dagegen tritt nun auf Grund der positiven Vorschrift des Edicts de legatis praestandis für die durch dieses begünstigten Eltern und Kinder, für die Ehefrau oder Schwiegertochter, der ihre Dos vermacht ist, ein Anspruch auf Vermächtnißleistung gegen die Notherben ein.

Dieser Zusammenhang ist treffend von Leist dargestellt; nur in Einem Punkte müssen wir diesem Gelehrten widersprechen. Derselbe meint (S. 52), sofern die Testamentserben angetreten haben, finde in Anwendung auf die bevorzugten Vermächtnisse ein (passiver) Uebergang der Verbindlichkeit auf den Notherben statt —, ein transire actiones. Das ist gewiß unzutreffend. Die Last des durch den letzten Willen des Erblassers den Testamentserben auferlegten Vermächtnisses wird nicht in irgendwelcher Rechtsform auf den kraft gesetzlicher Erbberechtigung eintretenden Notherben übertragen. Vielmehr entsteht in der Person des Letzteren eine neue Verpflichtung gegen den Vermächtnißnehmer: tritt diese doch ganz unabhängig von der Antretung des Testamentserben in's Leben.

Uebrigens gehen auch die vom Edict ausgezeichneten Vermächtnisse auf den Notherben nur über, wenn sie gültig errichtet sind[3].

---

[1] In diesem Sinne wird in l. 3 § 7 D. de legat. praest. 37. 5 von einem (legata) *non deberi* gesprochen, der zunächst angegebene Grund der Erbittung der contra tabulas aber in l. 4 D. eod. näher dahin ausgeführt, daß die eingesetzten Erben thatsächlich um der zu erwartenden Agnition der bonor. possessio willen von der Antretung Abstand nehmen. Vergl. dann noch l. 28 (27) § 6 D. ad SC. Trebell. 36. 1.

[2] l. 13 D. de b. p. co. tab. 37. 4.

[3] Ulp. l. 3 § 7 D. de legat. praest. 37. 5. Ea autem legata sola praestant, qui contra tabulas bonorum possessionem accipiunt, *quae utiliter data sunt*.

Weiter bleibt der Uebergang ausgeſchloſſen, wenn die ſämmtlichen Erben, welche nach dem letzten Willen als Beſchwerte gelten konnten, vor dem Erblaſſer mit Tode abgehen[4]). Und das Gleiche iſt zu ſagen, wenn nach dem Tode des Erblaſſers die Erbſchaftsantretung der Teſtamentserben nicht etwa blos wegen fehlenden Erwerbswillens derſelben, ſondern in Folge eines äußeren Hinderniſſes unterbleibt, welches auch ohne die Notherbfolge die Ungültigkeit des Vermächtniſſes wegen Deſtitution des Teſtaments zur Folge gehabt hätte. Dies wird in Anwendung auf die dem einzelnen Grade auferlegten Vermächtniſſe anerkannt beim Verſterben der Beſchwerten vor erklärtem Antritt[5]), ſowie bei der Deficienz der ihrer Einſetzung zugefügten Bedingung[6]): was aber vom einzelnen Grade gilt, muß auch da Platz greifen, wo es nach dem Inhalt des Teſtaments an einer Perſon fehlt, welche als Beſchwerter an die Stelle des zunächſt belaſteten Erben treten könnte. — Ich komme auf dieſe Fälle im § 26 zurück, wo ich die Leiſtung der Vermächtniſſe in Anknüpfung an das Vorhandenſein einer Mehrheit von Graden erörtere.

Folge des Eintritts der Notherben als Beſchwerter in die Stelle der Teſtamentserben iſt noch dies. Iſt einem bevorzugten Vermächtnißnehmer ein Vermächtniß unter der Bedingung einer Leiſtung an den Teſtamentserben oder auch an einen Dritten ausgeſetzt, ſo iſt die Bedingung nun in der Perſon des Notherben zu erfüllen[7]).

II. Näher in's Auge zu faſſen ſind die Perſonen der Vermächtnißnehmer und der Beſchwerten[8]).

A. Wenn das Edict den bedachten Eltern und Kindern in gewiſſer Ausdehnung den Anſpruch gegen die Notherben ertheilt, ſo ſind jene Perſonenclaſſen in weiteſtem, lediglich durch die Blutsverwandtſchaft gekennzeichneten Umfange zu nehmen. Es kommt weder Gradesnähe noch der Umſtand in Betracht, daß zwiſchen dem Bedachten und dem Erblaſſer noch Mittelsperſonen ſtehen; ebenſowenig wird Abſtammung durch Männer gefordert. Berechtigt ſind auch die in

[4]) Ulp. l. 10 § 2 D. eod. — quod si neque ex primo gradu neque ex secundo quisquam in rebus fuerit humanis, cum testator moritur, tunc ab intestato magis bonorum possessionem praeterito filio competere *nec legata cuiquam praestanda* —.

[5]) l. 10 § 2 cit. in f.

[6]) l. 13 D. eod.

[7]) l. 15 § 4 D. eod. Vergl. Schmidt S. 130 Anm. 206.

[8]) Francke S. 146. 148—150. Schmidt S. 127—134.

fremder Familie befindlichen leiblichen Descendenten —, Adoptivkinder dagegen nur so lange, als die Agnation und damit die Cognation besteht[9]). Entscheidend ist der Zeitpunkt des dies cedens[10]). Wie auf der einen Seite persönliches Bedenken des Verwandten[11]), wäre es auch nur durch fideicommissarische oder sonstige Auflage an einen Dritten[12]), so ist anderseits eine Zuwendung erforderlich, die dem Vortheil des Verwandten selbst zu dienen bestimmt ist[13]). — Schmidt und Leist[14]) heben in verschiedener Weise bei der Besprechung des Edicts den Umstand hervor, daß ähnlich bei der Querel die berechtigten Personen an der Hand der Blutsverwandtschaft bestimmt werden; indessen ist hier eine Uebereinstimmung der Personenkreise selbst dann nicht zu gewinnen, wenn man das bei der Querel stattfindende Nachrücken der entfernteren Blutsverwandten auf Grund der Succession in Rechnung bringt.

Neben den Vermächtnissen an die Eltern und Kinder schützt das Edict das Vermächtniß der Dos an die Frau oder Schwiegertochter[15]). Dieser Schutz reicht nur so weit, als wirklich ein Anspruch auf die Dos besteht[16]); er setzt beim Vermächtniß der Dos an die Schwiegertochter voraus, daß dieselbe zur Zeit des dies cedens, [„mortis tempore“ in l. 10 § 1 D. h. t. ist ungenauer Ausdruck] gefordert werden kann[17]). Auch das Vermächtniß anderer Vermögensstücke an Stelle

---

[9]) Ulp. l. 1 § 1 D. de legat. praest. 37. 5: — sed ita demum, si jura cognationis sunt inter eos. l. 1 § 2 D. eod. — vel etiam adoptivi, dummodo maneant liberi. l. 25 § 1. 2 D. eod. l. 7 D. de conjung. 37. 8. *Postumi* l. 1 § 3 D. de legat. praest. 37. 5. Nicht Geschwister: l. 3 § 1 eod.

[10]) Tryphon. l. 24 D. eod.: — et placet sufficere in ea necessitudine tunc esse, quando dies legati cedit.

[11]) Ulp. l. 3 § 2 D. eod. — ceterum si servo eorum fuerit adscriptum vel subjectae juri eorum personae, non debetur —.

[12]) l. 3 § 5. 6 D. eod.

[13]) l. 3 § 4 D. eod. Item si quis ex his personis rogatus sit restituere extero —, dicendum non esse *legatum* praestandum —.

[14]) Forts. III S. 153.

[15]) l. 1 pr. D. de legat. praest. 37. 5.

[16]) l. 8 § 3. l. 15 § 3 D. eod. Dem Wortlaut nach widersprechend Paul. l. 9 D. eod. Sed et si plus sit in legato quam in dote, dabitur illis actio. Wir schieben mit der Ausgabe von Mommsen hinter „in dote“ die Worte ein: „usque ad id quod est in dote“.

[17]) l. 10 § 1 D. eod. Vergl. l. 22 § 8. l. 24 pr. D. sol. matr. 24. 3. Schmidt S. 134 Anm. 221.

der Dotalſachen iſt unter das Edict gezogen, nur muß der Wille, daß das Zugewendete zur Erſtattung der Dos dienen ſoll, genügend erklärt ſein[18]).

B. Auch Vermächtniſſe, welche den aus eigener Perſon oder in Folge der Uebergehung eines andern Notherben zur b. p. contra tab. berechtigten Deſcendenten hinterlaſſen ſind, werden zu Laſten der prätoriſchen Notherben in Geltung erhalten, — ein Rechtsſatz, der in den Quellen in Verbindung mit dem Edict de legatis praestandis abgehandelt wird[19]). Zu fragen iſt dabei, ob ſolche Vermächtniſſe der im § 28 zu erörternden Beſchränkung der Zuwendungen an ſonſtige liberi und an parentes unterliegen. Dies kann erſt an jener Stelle unterſucht werden, im Zuſammenhang mit der gleichen für die Erbeseinſetzung aufzuwerfenden Frage. Dagegen iſt hier an den im § 22 (S. 140 f.) vorgekommenen Satz zu erinnern, daß der Notherbe, welchem die bon. poss. contra tabulas deferirt iſt, zu wählen hat, ob er dieſe bonor. possessio nachſuchen oder die ihm als Erben oder Vermächtnißnehmer im Teſtament gemachte Zuwendung erwerben will: der eine Erwerb ſchließt den andern aus[20]).

III. Während Ulpian in l. 1 pr. D. de legat. praest. 37. 5. die Vermächtnißleiſtung Denjenigen zuſchiebt, „qui judicia patris re-

[18]) Ulp. l. 8 § 6 D. h. t.: — dum tamen hoc nominetur, quod pro dote relinquitur. Schmidt S. 134 Anm. 123. — Die Ausgabe von Mommſen deutet die Möglichkeit an, daß der Text durch falſche Auflöſung von Siglen verderbt, von Ulpian aber geſchrieben ſei: dum tamen *hereditas eo non minuetur*, quod" cet. Zugeſtimmt hat Leiſt, Fortſ. III S. 154 Anm. 65. Allein ſo ſinnreich Mommſen's Vorſchlag iſt, ſo ſcheint mir doch zu einer Texteſänderung keine Veranlaſſung zu beſtehen; insbeſondere iſt das „nominare" in der vorliegenden Bedeutung vollkommen üblich. Vergl. Gaj. II. 104. IV. 11. 46. l. 63 § 1 D. de C. E. 18. 1.

[19]) Sicher iſt auf einen Notherben zu beziehen l. 1 § 2 D. de legat. praest. 37. 5: Liberos autem etiam eos ad legatorum petitionem admittimus, qui — sunt — *adoptivi*, dummodo maneant liberi. Vergl. dann noch l. 5 § 2 (Anm. 20). l. 18. 19 D. eod. l. 3 § 16. l. 14 pr. l. 15 D. h. t. 37. 4.

[20]) Ulp. l. 5 § 2 D. de legat. praest. 37. 5. Omnibus autem liberis praestari legata praetor voluit exceptis his liberis, quibus bonorum possessionem praetor dedit ex causis supra scriptis: nam si dedit bonorum possessionem, non putat legatorum eos persecutionem habere. Constituere igitur apud se debet, utrum contra tabulas bonorum possessionem petat an vero legatum persequatur: si elegerit contra tabulas, non habebit legatum: si legatum elegerit, eo jure utimur, ne petat bonorum possessionem contra tabulas. Vergl. auch l. 18 § 2 D. h. t.

scindunt per contra tabulas bonorum possessionem", werden in einer Reihe anderer Stellen als Verpflichtete geradezu die Perſonen bezeichnet, qui contra tabulas bonorum possessionem acceperunt [21]). Die richtige Angabe iſt nicht dieſe letzte, ſondern die erſte, wie dies mit Recht Schmidt (S. 127 f.) hervorgehoben hat. Denn gewiſſe übergangene sui (der Hausſohn, postumus suus) bleiben, da ihre Uebergehung das Teſtament nach Civilrecht vernichtet, und da ſie in Folge deſſen ipso jure geſetzliche Erben werden, auch bei erbetener b. p. contra tab. zu ihrem Theil von der Vermächtnißleiſtung frei [22]). Anders iſt es nur da, wo ausnahmsweiſe das Civilrecht dem suus nicht hilft, wohl aber das prätoriſche Recht [23]).

Die Vermächtnißlaſt trifft die ſämmtlichen Notherben, wem immer das Vermächtniß im Teſtament auferlegt ſein mochte, — ſo namentlich auch da, wo ein einzelner im Teſtament eingeſetzter, dann zur contra tabulas gelangter Notherbe der Beſchwerte war [24]). — Dabei iſt die Leiſtungspflicht nicht davon abhängig, daß die Eingeſetzten den Willen der Antretung erklären: das Recht hat zu Gunſten der Vermächtnißnehmer erwogen, daß die Teſtamentserben bei in Ausſicht ſtehender Notherbfolge und danach zu erwartender Entziehung der Erbſchaft vom Erwerb abſtehen werden [25]).

Es können jetzt zwei mit II und III zuſammenhängende Aeuſſerungen der Quellen erklärt werden; die eine betrifft den Anſpruch

---

[21]) Ulp. l. 3 § 7 D. de legat. praest. 37. 5. Ea autem legata sola praestant *qui contra tabulas bonorum possessionem accipiunt* —. Ulp. l. 10 § 2 D. eod. Non omnia — legata praestare *eum* oportet *qui contra tabulas petit* —. Marcell. l. 25 § 1 D. eod. — tuendus tamen exemplo parentium et liberorum, quibus legata praestare coguntur *qui bonorum possessionem contra tabulas acceperunt*. Tryphon. l. 20 § 3 D. h. t. Sed *qui accepit contra tabulas bonorum possessionem, — praestat* legata ea parte testamenti data —.

[22]) l. 15 pr. l. 16 D. de legat. praest. 37. 5.

[23]) l. 8 § 5 D. h. t. l. 12 § 1 D. eod. Vergl. § 23. S. 147. — Ueber die Accrescenzerben Schmidt a. a. O.

[24]) l. 14 § 1 D. de legat. praest. 37. 5.

[25]) Ulp. l. 3 § 7 D. de legat. praest. 37. 5. Ea autem legata sola praestant qui contra tabulas bonorum possessionem accipiunt, quae — idcirco non debentur, quod filius contra tabulas bonorum possessionem accipit (Julian. l. 4:) cum propter hoc plerumque scripti heredes omittant hereditatem, cum scirent emancipatum aut petisse aut petiturum contra tabulas bonorum possessionem. l. 11—13 D. eod. l. 20 § 3 D. de b. p. co. tab. 37. 4.

der zur contra tabulas b. p. berufenen Deſcendenten auf die ihnen ertheilten Vermächtniſſe, die andere die Haftung ſolcher Deſcendenten für Vermächtniſſe an personae exceptae.

a. Papin. l. 22 D. de legat. praest. 37. 5. Bonorum possessione contra tabulas testamenti praeterito emancipato filio data, scriptus heres alter filius, qui possessionem accepit vel jure civili contentus non accepit, legata praecipua non habebit.

Die Stelle ſcheint allgemein dem eingeſetzten Notherben, der mit Verſchmähung der b. p. contra tab. die Erbſchaft aus dem Teſtament antritt, das Prälegat abzuſprechen[26]). Indeſſen dürfte das Papinian's Meinung nicht ſein. Feſt ſteht nur ſoviel: der eingeſetzte Notherbe, der die teſtamentariſche Erbſchaft wählt, wird in dieſem Erwerb vom Prätor geſchützt mit Rückſicht darauf, daß er auch die bon. poss. contra tab. nachſuchen konnte[27]); doch erhält er auf keinen Fall mehr, als er im Wege der Letzteren erlangt haben würde[28]). Allein daraus läßt ſich der Wegfall des Prälegats nur dann ableiten, wenn der neben dieſem vom Erblaſſer ausgeſetzte Erbtheil dem mittelſt der contra tabulas zu erlangenden geſetzlichen Erbtheile gleich kommt. Auf eben dieſen Fall wird man in der That den Ausſpruch in l. 22 cit. zu beſchränken haben. Man gewinnt dieſen Sinn bei den von Papinian gebrauchten Worten ohne Weiteres, wenn man auf das „legata *praecipua* non habebit“ den Ton legt. Der aus dem Teſtament erwerbende Notherbe ſoll in den Prälegaten keinen Vorzug vor den übrigen an der bon. poss. betheiligten Perſonen genießen; ein ſolcher aber würde ihm zu Theil werden, wenn er gleich ihnen den vollen Betrag des geſetzlichen Erbtheils und daneben noch die Vermächtniſſe erhielte.

b. Von einem Vorvermächtniß handelt auch African in l. 18 D. eod.[29]), einer Stelle, zu deren Ergänzung die Compilatoren in

---

[26]) So verſteht anſcheinend die Stelle Leiſt, Fortſ. III S. 116 f. Anm. 36 a. E. S. 164 Anm. 73 a. E.

[27]) Vergl. einſtweilen l. 15 § 1 in f. D. de legat. praest. 37. 5. l. 10 D. de collat. bonor. 37. 6.

[28]) l. 14 D. de b. p. co. tab. 37. 4. l. 15 § 2 D. de legat. praest. 37. 5. l. 1 § 8 D. de collat. bon. 37. 6.

[29]) Vergl. *Cujac.* ad Afric. tract. IV ad h. l. — I. 1322 f. Förſter S. 430—434.

l. 19 eod. eine kurze Aeußerung desſelben Juriſten angehängt haben. Der Thatbeſtand iſt dieſer. Ein Hausſohn und neben dieſem ein in der Gewalt des Großvaters verbliebener Enkel von einem übergangenen emancipirten Sohne ſind je zur Hälfte zu Erben eingeſetzt, der Enkel iſt zudem mit einem Vorvermächtniß bedacht. Der Emancipirte und (commisso edicto) der eingeſetzte Hausſohn nehmen die contra tabulas, der Enkel ſchlägt die Erbſchaft aus, indem er ſich mit dem Vermächtniß begnügt. Bei der Frage nach der Vermächtnißleiſtung nahm die eine Anſicht an, dieſelbe treffe nur den eingeſetzten Hausſohn, da die Notherbfolge zu einer Minderung ſeines Erbtheils nicht geführt, der Emancipirte aber mittelſt der b. p. contra tab. nur den Erbtheil ſeines Sohnes erlangt habe, — den Theil, welcher nicht gültig (weil zu Gunſten des bedachten Erben ſelbſt) mit dem Vermächtniß beſchwert ſei. African entſcheidet, es könne umgekehrt der Enkel nur den Emancipirten (ſeinen Vater) in Anſpruch nehmen, auch dieſen nicht auf mehr als auf ein Viertel des ganzen Vermögens. Zur Erklärung dieſer Beſchränkung dient l. 19 cit.:

— quia, et si omnes petissent bonorum possessionem, *semis nepotis inter eum et patrem ejus divideretur.*

Hier iſt zunächſt zu erklären, warum nicht entſprechend der Regel in l. 14 § 1 D. de legat. praest. 37. 5 (vergl. unſern Text unter III bei Anm. 24) alle zur Erbſchaft gelangenden Notherben zur Vermächtnißleiſtung herangezogen werden. Mit Cujaz wird man den Grund in der nämlichen Rückſicht zu finden haben, welche die Beſchränkung des Vermächtniſſes auf ein Viertel des Vermögens zur Folge hat. Wo ein eingeſetzter Notherbe neben der von Andern ergriffenen contra tabulas die Erbfolge aus dem Teſtament wählt, beſteht die Einſchränkung, daß er auf ſolchem Wege nicht mehr erhält, als ihm die Notherbfolge gewährt haben würde[30]; dieſelbe Schranke tritt in unſerm Falle dem Anſpruch aus dem Vermächtniß entgegen. Hier aber gewinnt ſie um der eigenthümlichen Verbindung willen, in welche die nova clausula Julian's den emancipirten Sohn und den in der Gewalt des Erblaſſers zurückgebliebenen Enkel gebracht hat, einen beſonderen Inhalt. Nach dieſem Edict wird diejenige Erbquote, welche der jetzige Emancipirte als suus zu fordern gehabt hätte, zu

[30]) l. 14 pr. D. h. t. l. 15 § 2 D. de legat. praest. 37. 5. l. 1 § 8 D. de collat. bon. 37. 6.

gleichen Hälften an ihn und ſeinen erwähnten Deſcendenten vertheilt. Eben dieſen Grundſatz betont in unſerm Falle die l. 19 cit., und grade er erklärt es, daß der Hausſohn als Miterbe nicht wegen des Vermächtniſſes in Anſpruch genommen werden kann. Denn dieſer wäre auch dann, wenn der Emancipirte und der Enkel zur Notherbfolge kamen, lediglich auf die Hälfte des Vermögens beſchränkt worden, die andere Hälfte wäre ſeinen Miterben zugekommen. Dieſelbe Beſchränkung aber erfährt er, wenn der Enkel abſtinirt, da deſſen Erbtheil ausſchließlich dem Emancipirten anwächſt[31]). Er kann alſo unbedingt verlangen, daß er nicht über dieſes den Theilungsgrundſätzen bei der contra tabulas entſprechende Maß hinaus beſchränkt werde.

An zweiter Stelle iſt zu erklären, daß der Emancipirte zum vollen Betrage des Vermächtniſſes (wenn auch mit Einſchränkung auf ein Viertel des Vermögens) haften ſoll. Dies läßt ſich, wie ich glaube, aus allgemeinen Rechtsgrundſätzen nicht ableiten: Afrikan hat zu Gunſten des Vermächtnißnehmers billig in Rückſicht gezogen, daß deſſen Erbtheil in Folge ſeiner Entſchlagung dem Vater in vollem Umfange zu gut gekommen iſt.

Nach dem Bemerkten iſt es nichts Regelwidriges, daß das Vermächtniß nicht von allen Notherben getragen wird. Und eben daraus, daß dieſe Erſcheinung im Fall der l. 18 cit. durch die eigenthümliche, auf dem Edict beruhende Verbindung des Emancipirten und des von ihm abſtammenden suus begründet wird, erklärt ſich die abweichende Entſcheidung in l. 7 in f. D. de conjung. 37. 8. Da nach dem dort entſchiedenen Falle mit dem Emancipirten ein von ihm abſtammender gewaltfreier Deſcendent deſſelben als Eingeſetzter concurrirte, ſo blieb die nova clausula Julian's ohne Einfluß.

§ 26.

2. Vermächtnißleiſtung bei einer Mehrheit von Graden, — bei einer Mehrheit von Notherben in verſchiedener Rechtsſtellung.

I. Zur Erörterung des Falls, wo im Teſtament Subſtitutionen, bei den mehreren Graden aber nicht die gleichen Vermächtniſſe angeordnet ſind[1]), iſt auszugehen von den in der Lehre von der Delation der bon. poss. contra tab. entwickelten Sätzen (§ 21 unter I. S. 136),

[31]) l. 1 § 12 D. de conjung. 37. 8.

[1]) Vergl. zum Folgenden Schmidt S. 135 f. Leiſt, Fortſ. II S. 53—62. vergl. mit bon. poss. II. 1. S. 175—179; auch Bangerow II § 472 unter IV. 3. D. (S. 242).

daß das prätoriſche Recht weder das Teſtament im Ganzen noch den einzelnen Grad um der vorliegenden Uebergehung eines Notherben willen als nichtig behandelt und eben deßhalb die contra tabulas dagegen begründet werden läßt[2]), — daß auch dieſe durch den einzelnen Grad veranlaßte Notherbfolge nicht wegfällt, wenn etwa in der Folge die in demſelben gerufenen Erben ausſchlagen, oder wenn dieſen Erben durch ein äußeres Hinderniß (Tod, Ausfall der Einſetzungsbedingung u. ſ. f.) der Erwerb unmöglich wird. Für die Beurtheilung der Frage, wie in ſolchen Fällen die bei den einzelnen Graden vorliegenden Vermächtnißverfügungen zu behandeln ſind, ſcheint ſich eine einfache Regel in folgendem Ausſpruche Ulpian's — l. 10 § 2 D. de legat. praest. 37. 5 — darzubieten:

> Non omnia, quae ab omnibus gradibus relicta sunt, legata praestare eum oportet qui contra tabulas petit, sed ea sola, *quae in eo gradu data sunt*, contra quem bonorum possessionem accepit[3]). —

In der That hat jedoch Ulpian damit nur den Erfahrungsſatz ausgeſprochen, daß in den meiſten Fällen die Vermächtniſſe eben des Grades zu leiſten ſind, welcher die Notherbfolge in's Leben ruft. Behält man nämlich den obigen Satz im Auge, daß die Notherbfolge begründet bleibt, wenngleich der ſie veranlaſſende Grad nachträglich wegfällt, ſo ſieht man leicht, wie es unter Umſtänden dazu kommen kann, daß durch den einen Grad die Notherbfolge veranlaßt wird, aus einem andern Grade die Vermächtniſſe zu leiſten ſind. Denn nicht allein müſſen in Folge des Ausfallens des früheren Grades die Vermächtniſſe des folgenden Grades nachrücken, ſondern es müſſen auch die Vermächtniſſe des früheren Grades in Folge eben jener Thatſache hinfällig werden, ſofern ſie nicht — worauf unten zurückzukommen iſt — der Regel gemäß als zu Laſten des Subſtituten wiederholt gelten können. Im Allgemeinen beläßt ja die bon. poss. contra tab. den einzelnen Gründen einer Ungültigkeit der

---

[2]) Den Umſtand, daß gewiſſe übergangene sui auch bei Erbittung der bon. poss. contra tab. von der Vermächtnißleiſtung frei bleiben, laſſen wir bei der Unterſuchung unter I außer Betracht.

[3]) Dieſer Satz wird der Lehre zu Grunde gelegt von Schmidt; ebenſo von Wangerow, doch verwendet Letzterer zugleich die meines Erachtens richtige, von Leiſt aufgeſtellte Unterſcheidung des auf Seiten des Beſchwerten vorliegenden Nichterwerbenwollens und Nichterwerbenkönnens.

Vermächtniſſe die Wirkſamkeit. Nur ein bereits früher erwähnter Satz erzeugt eine Ausnahme: das Recht hat in Betracht gezogen, daß der Teſtamentserbe bei bevorſtehender Notherbfolge den Erbſchaftserwerb meiſt unterlaſſen wird, weil ihm die Erbſchaft doch nicht zu gut kommen würde: eben darum ſoll auf die Vermächtnißleiſtung der ausbleibende Erwerb der Teſtamentserben dann keinen Einfluß üben, wenn der Grund lediglich das Nichterwerbenwollen jener Erben iſt[4]). Eine bloße Anwendung davon iſt es, daß die Vermächtniſſe beſtehen bleiben, auch wenn der Beſchwerte die von ſeinem Willen abhängige Bedingung der Einſetzung unerfüllt läßt[5]). Ganz anders iſt es — das führt Leiſt in durchaus zutreffender Weiſe aus —, wenn der Erwerb dem Beſchwerten um äußerer Urſachen willen unmöglich wird.

Die Quellen bieten die folgenden Entſcheidungen über die Behandlung der bei den mehreren Graden der Erbeseinſetzung hinterlaſſenen Vermächtniſſe.

a. Leben die im erſten Grade eingeſetzten Erben zu der Zeit, wo nach erbetener *bon. poss. contra tab.* die Vermächtnißleiſtung gefordert wird, ſo ſind die Vermächtniſſe dieſes Grades zu entrichten, auch wenn die hier gerufenen Erben ſich nicht über den Erwerb erklären, ja wenn ſie ausſchlagen und in Folge deſſen die Subſtituten antreten[6]).

b. Verſterben die Erben des erſten Grades zwar nach dem Erblaſſer, doch ohne ſich über den Erbſchaftserwerb erklärt zu haben, ſo iſt allerdings die Notherbfolge durch dieſen Grad begründet, zu leiſten aber ſind die Vermächtniſſe des folgenden Grades[7]).

---

[4]) Vergl. die Nachweiſe im § 25 Anm. 25. — Der Satz des Textes kommt einerſeits den Vermächtnißnehmern des ausfallenden Grades zu gut, anderſeits hindert er das Nachrücken der Vermächtniſſe des folgenden Grades.

[5]) l. 13 D. de legat. praest. 37. 5.

[6]) l. 11. 12. D. de legat. praest. 37. 5. In demſelben Sinne ſind in l. 10 § 2 D. eod. die Worte Ulpian's zu verſtehen: — si quidem aliquis ex primo gradu *vivit*. Vergl. Leiſt S. 59 f. Anm. 85 und das ſogleich in Anm. 7 Auszuführende.

[7]) So deutlich die Schlußworte der l. 10 § 2 cit.: — quod si post mortem testatoris ante aditam hereditatem instituti decesserint, contra ipsos quidem videri petitam (sc. bonorum possessionem), verumtamen ab eis relicta legata non esse praestanda, sed quae a substitutis relicta sunt. Aber auch ſchon im Vorausgehenden berührt die Stelle dieſen Fall in den Worten: „si vero nemo vivit eorum“. Dies zeigt der Zuſammenhang des ganzen hier mitzutheilenden Satzes, welchem jene Worte angehören: (a.) — *si quidem aliquis ex primo gradu*

Vergleicht man die Grundſätze unter a. und b, ſo iſt zu ſagen, daß zunächſt der Notherbe durch verzögertes Erbitten der contra tabulas die Vermächtnißnehmer des erſten Grades ſchädigen kann, ſofern inzwiſchen die Erben dieſes Grades ſterben, — daß es aber nach erfolgter Agnition der *b. p. contra tab.* Sache der Vermächtnißnehmer iſt, ſich durch ſchleuniges Verfolgen ihrer Anſprüche gegen eine gleiche Schädigung zu ſichern. Denn dieſe Rechtsverfolgung iſt nach dem Satze unter a. durch den Erwerb der Teſtamentserben nicht bedingt.

c. Fällt nach dem Tode des Erblaſſers die der Einſetzung der Erben des erſten Grades beigegebene caſuelle Bedingung aus, ſo ſind gleichfalls die Vermächtniſſe des zweiten Grades zu entrichten, während die Notherbfolge durch den früheren Grad veranlaßt bleibt[8]).

Mit einigen Worten iſt noch die Frage zu berühren, wie dieſe Entſcheidungen zu dem Satze ſtehen, daß die dem eingeſetzten Erben auferlegten Vermächtniſſe regelmäßig auf den Subſtituten übergehen[9]).

In Betracht kommen hier nur die Fälle unter b. und c., wo das Ausfallen des früheren Grades nicht auf dem Willen der gerufenen Erben, ſondern auf äußeren Umſtänden beruht[10]). Dabei erklären ſich über die Vermächtnißleiſtung nur l. 10 § 2. l. 13 D. de legat. praest. 37. 5; auch von dieſen Stellen aber ſcheidet l. 13 cit. aus: ſie ſagt zwar, daß bei Wegfall der Erben des erſten Grades (wegen Deficienz der caſuellen Bedingung der Einſetzung) die dem Subſtituten

---

virit, ea legata praestabit (sc. qui contra tabulas petit), quae liberis et parentibus a primo gradu data sunt: (b.) *sin vero nemo virit eorum*, ea quae a sequenti —. Leiſt (S. 60 f.) bezieht beim erſten Fall (a.) das „si quidem aliquis — virit“ mit Recht auf den Zeitpunkt des geforderten Vermächtniſſes; dagegen ſoll beim zweiten Fall (b.) das „si vero nemo vivit eorum“ auf die Todeszeit des Erblaſſers gehen. Das iſt meines Bedünkens bei der Art, wie Ulpian die Fälle in ſcharfen Gegenſatz zu einander bringt, völlig unmöglich. Leiſt's Grund iſt, daß andernfalls Ulpian denſelben Fall des Verſterbens des Eingeſetzten nach dem Erblaſſer in den Schlußworten des § 2 cit., wie ich ſie zu Eingang dieſer Anmerkung angedeutet habe, ein zweites Mal beſpräche. In der That iſt das ſo, Ulpian kommt auf dieſen Fall zurück, um hervorzuheben, daß hier die b. p. contra tab. nach wie vor durch den erſten Grad veranlaßt iſt, Notherbfolge und Vermächtnißleiſtung alſo nicht an den nämlichen Grad anknüpfen.

[8]) l. 13 D. de legat. praest. 37. 5 vergl. mit l. 8 § 5 D. de b. p. co. tab. 37. 4.

[9]) l. 74 D. de leg. I° (30). l. 61 § 1 D. de leg. II° (31). l. 4 C. ad SC. Trebell. 36. 1.

[10]) Vergl. Anm. 4 und den Text dazu.

auferlegten Vermächtniſſe zu leiſten ſind, aber ſie ſpricht ſich nicht über die Behandlung der Vermächtniſſe des erſten Grades aus. — Aus Ulp. l. 10 § 2 cit. kommen zwei Aeußerungen in Betracht. Der Schlußſatz (Anm. 7 im Eing.) läßt bei Verſterben der Erben des erſten Grades nach dem Erblaſſer, doch vor erklärter Antretung, nur die dem Subſtituten, nicht auch die dem erſten Grade auferlegten Vermächtniſſe zum Zuge kommen. Hier ſetzte wohl Ulpian eine Geſtaltung des Falles voraus, welche den Willen des Erblaſſers erkennen ließ, es ſollten die vom erſten Grade hinterlaſſenen Vermächtniſſe nicht auf den zweiten, mit andern Vermächtniſſen beſchwerten Grad übergehen[11]). Vielleicht dient aber auch zur Erklärung, daß Ulpian hier einen Ausſpruch Julian's referirt: zur Zeit dieſes Juriſten beſtand der nach den Stellen der Anm. 9 durch Reſcript von Sever und Caracalla begründete Satz noch nicht, daß der Subſtitut in der Regel in die Vermächtnißlaſt des erſten Grades einzutreten hat[12]). Mehr Schwierigkeiten bereitet der oben auf S. 176 abgedruckte Eingang der l. 10 § 2 cit.: dort ſcheint geſagt zu werden, es ſeien ſtets nur die ausdrücklich einem einzelnen Grade zur Laſt gelegten Vermächtniſſe zu leiſten. Dennoch glaube ich nicht, daß Ulpian eine Ausnahme von der Regel des Reſcripts behaupten wollte[13]). Man wird ſeine Worte auf den oben bei Anm. 4 berührten Fall beziehen dürfen, wo kein Erbe aus dem Teſtament antritt, weil die bon. poss. contra tabulas des Notherben bevorſteht: hier kommt es ſelbſtredend nicht zu einer Zuſammenrechnung der Vermächtniſſe aller Grade, ſondern nur zur Leiſtung der Vermächtniſſe des die Notherbfolge veranlaſſenden Grades.

Jedenfalls ziehe ich dieſe Auslegung der Annahme vor, daß uns hier eine neue Regelwidrigkeit in dieſer an ſich ſchon ſingulären Lehre begegne.

II. Von verwickelterer Geſtalt, zugleich zufolge der Beſchaffenheit der Quellen mehrfach beſtritten ſind die Fälle einer Vermächtnißleiſtung, in welchen dem Bedachten eine Mehrzahl von Notherben in verſchiedener Rechtsſtellung gegenüberſteht[14]). Vorweg

[11]) Vergl. l. 74 D. cit. Dazu Arndts, Fortſ. von Glück 47 S. 267 ff.

[12]) Vergl. l. 61 § 1 cit., in welcher der Gegenſatz des Rechts aus der Zeit Julian's deutlich hervortritt.

[13]) So auch *Cujac.* rec. sol. in Dig. 37. 5 ad h. l. — VIII. 72.

[14]) Vergl. Francke S. 150—156. Mühlenbruch 37 S. 27—38, ver-

iſt ein (abgeſehen von einer Sonderanſicht eines einzelnen römiſchen Juriſten bei einem concreten Falle) durchgängig wiederkehrender Grundſatz zu bemerken. Der eingeſetzte Notherbe, welcher neben der von andern ergriffenen b. p. contra tab. aus dem Teſtament erwirbt, muß ſtets die Vermächtniſſe an alle Vermächtnißnehmer entrichten. Im Uebrigen iſt es von beſonderer Wichtigkeit, ob der Uebergangene ein ſolcher suus iſt, deſſen Präterition nach Civilrecht Nichtigkeit des Teſtaments zur Folge hat, oder ein ſonſtiger Notherbe, der das höchſte Maß rechtlichen Schutzes in der contra tab. bon. poss. findet.

A. Iſt ein *suus* der erwähnten Art übergangen, ſo hat dieſer, wie wiederholt bemerkt wurde, ſelbſt bei von ihm erbetener contra tabulas keine Vermächtniſſe zu leiſten[15]); der ſeinem Erbtheil entſprechende Bruchtheil geht den Vermächtnißnehmern verloren[16]). Bezüglich des Falls, wo neben ihm ein Emancipirter ſteht, bieten die Quellen die folgenden Entſcheidungen.

Iſt der Emancipirte übergangen, ſo ſoll er nach einer von Paulus in l. 15 pr. D. de legat. praest. 37. 5. erwähnten Anſicht anderer nicht namhaft gemachter Juriſten bei nachgeſuchter b. p. contra tab. gleichfalls von der Vermächtnißleiſtung frei ſein. Wenn dagegen der Emancipirte zum Erben eingeſetzt iſt, ſo ſoll derſelbe nach Ulp. l. 16 D. eod. bei erbetener b. p. contra tab. commisso per alium edicto die Vermächtniſſe an die exceptae personae leiſten. — Man ſtreitet noch heutzutage darüber, ob zwiſchen beiden in den Pandekten an einander gereihten Ausſprüchen ein Widerſpruch beſteht. Während die eine Meinung dies leugnet (Mühlenbruch, Vangerow, — unentſchieden Leiſt), demnach bei der Uebergehung des Emancipirten ein anderes Recht eingreifen läßt, wie bei deſſen Einſetzung, iſt Francke (S. 150—152) einen Widerſpruch anzunehmen geneigt; dabei bezeichnet er die Anſicht in l. 15 pr. cit., die er zugleich als die des Paulus betrachtet, als die conſequentere. Schmidt leugnet, daß Paulus in l. 15 cit. ſich der von ihm zur Sprache gebrachten fremden Anſicht anſchließe; die richtige, auch für den übergangenen Emancipirten maßgebende Entſcheidung findet er in l. 16 cit.

---

bunden mit 36 S. 332—336. Vangerow II § 472 Anm. IV. 3. S. 241—245. Schmidt S. 129 f. und S. 140. Leiſt, Forſ. III S. 159—163.

[15]) l. 15 pr. l. 16 D. de legat. praest. 37. 5.

[16]) Arg. l. 20 § 2 D. de b. p. co. tab. 37. 4.

Wie mir ſcheint, iſt dieſe letzte Auffaſſung unannehmbar. Es iſt doch Maxime der Compilatoren, daß die vom einzelnen Juriſten ohne Widerſpruch mitgetheilten fremden Anſichten als deſſen eigne Meinung zu gelten haben: dieſer Grundſatz wird uns auch bei l. 15 cit. leiten müſſen. Allerdings fanden nach Paulus die Juriſten, auf welche die l. 15 cit. hindeutet, den Grund der Befreiung des übergangenen Emancipirten darin, daß dieſer durch ſeine Concurrenz den andernfalls das ganze Vermögen hinnehmenden suus beſchränke. Und grade dieſer Erwägung verſagt Ulpian in l. 16 D. eod. die Kraft, dem eingeſetzten Emancipirten die Vermächtnißlaſt abzunehmen. Daraus folgt jedoch nicht, daß nicht bei der Entſcheidung der l. 15 cit. auch die beſondere Lage des Präterirten gegenüber dem letzten Willen in Anſchlag gebracht wäre. Dieſe iſt in Wahrheit von Erheblichkeit. Im Präterirten ſind die Grundſätze des formellen Notherbenrechts verletzt: ſollte er dennoch ungünſtiger geſtellt ſein, als der Enterbte, der doch bei gleichzeitiger Uebergehung eines suus zur geſetzlichen Erbfolge greifen kann[17]), in dieſer Stellung aber nicht für Vermächtniſſe aufzukommen hat? Grade um dieſer Erwägung willen wird man Anſtand nehmen müſſen, einen Widerſpruch unter den beiden Stellen anzuerkennen; ſie erklären ſich aus der Verſchiedenheit der Thatbeſtände.

Hat der eingeſetzte Emancipirte die Antretung auf Grund des Teſtaments vorgezogen, ſo haftet er allen Vermächtnißnehmern[18]), und das Gleiche tritt ein, wenn derſelbe zwar die bon. poss. commisso per alium edicto geſucht, der suus aber ſeine Erbberechtigung nicht geltend gemacht hat[19]).

B. Iſt die Vorſchrift des Notherbenrechts nur in der Perſon eines Emancipirten verletzt, und ſteht neben dieſem ein eingeſetzter Notherbe (ein suus oder ein Emancipirter[20]), ſo kann es nur zur bon. poss. contra tab. kommen, da das Civilrecht das Teſta-

---

[17]) l. 32 D. de lib. 28. 2. l. 1 § 9 D. si tabulae 38. 6.

[18]) l. 16 cit. in f.

[19]) l. 17 D. de injusto 28. 3. vergl. mit l. 14. l. 15 § 1 D. de legat. praest. 37. 5.

[20]) Bei Schmidt S. 140 werden die hieher gehörigen Stellen bei Gelegenheit der Frage wegen der Erhaltung des einer persona excepta zugetheilten Erbtheils beſprochen, da Schmidt bei dieſer Frage die Deſcendenten mit Notherbenrecht nicht von der allgemeinen Claſſe der liberi und parentes ſondert.

ment nicht beanſtandet. Haben hier beide Notherben die bon. possessio erbeten, ſo haften ſie gleichmäßig nur den bevorzugten Vermächtnißnehmern [21]). Iſt dieſer Weg vom Eingeſetzten allein betreten, während der Uebergangene den letzten Willen unangefochten läßt, ſo muß der Erſtere ganz wie ein Teſtamentserbe allen Vermächtnißnehmern nach Verhältniß ſeines Erbtheils gerecht werden [22]). — Bei dem Fall, wo der Uebergangene zur contra tabulas, der Eingeſetzte zum Erbſchaftsantritt greift, ſtritten die römiſchen Juriſten, wie Paulus in l. 15 § 1 D. de legat. praest. 37. 5 berichtet; dieſe Streitfrage hat ſich auf unſre Quellen übertragen. Paulus — l. 15 cit. — läßt den aus dem Teſtament Erwerbenden gleich dem Uebergangenen nur für Vermächtniſſe an die Kinder und Eltern, African dagegen — l. 14 D. de b. p. co. tab. 37. 4 — läßt ihn für alle Vermächtniſſe verbindlich werden. Dieſe zweite Anſicht erſcheint als die beſſer begründete: da der Eingeſetzte kraft des Willens des Erblaſſers zur Erbfolge kommt, muß er auch dieſem Willen voll genügen. Zudem wird African's Lehre unterſtützt durch Ulpian, indem dieſer — l. 16 D. de legat. praest. 37. 5 — dem antretenden Emancipirten die gleiche Belaſtung da zuſchiebt, wo neben ihm ein übergangener suus ſteht, der die bonor. possessio nachſucht.

§ 27.

3. Uebertragung auf Schenkungen auf den Todesfall und Erbtheile.

Das Edict, welches den Eltern und Kindern des Erblaſſers die Vermächtniſſe, der Ehefrau wie der Schwiegertochter die vermachte Dos zu Laſten des prätoriſchen Notherben gewährt, iſt von der römiſchen Jurisprudenz auf Schenkungen auf den Todesfall übertragen [1]); bei der nahen Verwandtſchaft mit den Vermächtniſſen konnte dies nicht ausbleiben.

Aber auch einen weiteren Schritt hat man gethan, man hat die Regel der Vermächtniſſe auf die den exceptae personae im Teſtament ausgeſetzten Erbtheile angewandt [2]). An dieſen Rechtsſatz knüpfen

[21]) l. 15 § 1 D. de legat. praest. 37. 5.

[22]) l. 15 § 1 cit. l. 14 pr. D. eod.

[1]) Wann die Uebertragung erfolgt iſt, laſſen die Quellen nicht erkennen; ſie iſt bezeugt in Ausſprüchen von Ulpian und Marcian, l. 3 pr. l. 5 § 7. l. 20 pr. D. de legat. praest. 37, 5.

[2]) So bei den Eltern und Kindern: l. 5 § 6—8. l. 6. 7. l. 8 pr. § 1. l. 20 pr. l. 21. l. 23. l. 25 § 1. 2 D. de legat. praest. 37. 5. l. 3. 7 D. de conjung. 37. 8; bei der Dos l. 10 pr. D. de legat. praest. 37. 5.

ſich die folgenden jetzt zu erörternden Fragen. Zunächſt iſt ſeine ſubjective Ausdehnung zu beſtimmen, — ſodann iſt zu ſagen, in welcher Rechtsform die Zuwendung aufrecht erhalten wird, — endlich fragt es ſich, wie die auf einen ſolchen Erben angewieſenen Vermächtniſſe behandelt werden.

A. Mit voller Schärfe iſt zu behaupten, daß die als Ausdehnung des *edictum de legatis praestandis*[3]) auftretende Erhaltung der Erbtheile ſich nur auf ſolche Kinder bezieht (bei Eltern iſt dies ſelbſtverſtändlich), denen kein Notherbenrecht zukommt. Allerdings wird auch den Kindern mit Notherbenberechtigung, wenn ſie zu Erben eingeſetzt ſind und die Antretung aus dem Teſtament der bon. poss. contra tabulas vorziehen, der Erbtheil erhalten; aber dieſer Satz iſt ein ganz ſelbſtändiger, nicht auf die Analogie jenes Edicts über die Vermächtnißleiſtung gegründeter. Da dieſe Anſicht in jüngſter Zeit ſchon von Leiſt vertheidigt iſt[4]), ſo kann unſre Darſtellung der für ſie ſprechenden Gründe ſich in engen Grenzen halten.

Die Uebertragung des Edicts auf Erbtheile hat ſich, wie im § 28 näher anzugeben iſt, erſt ſeit Julian und einer deſſen Anſicht beſtätigenden Conſtitution von Pius vollzogen. Iſt es denkbar, daß bis dahin der Prätor einen Notherben, der aus dem Teſtament antrat, ſtatt ſich der durch die Uebergehung eines andern Notherben begründeten contra tabulas anzuſchließen, ſchutzlos gelaſſen haben ſollte? Er war eingeſetzt gemäß der nach civilem wie prätoriſchem Recht für den Erblaſſer geltenden Vorſchrift des Notherbenrechts, und doch ſollte eine lange Zeit hindurch ſeine Erbſchaftsantretung unwirkſam geweſen ſein? Wie dieſe Unterſtellung undenkbar

---

[3]) Ulp. l. 5 § 6 cit. (nach Julian): — in portione quoque hereditatis *idem quod in legato probandum* —. Tryphon. l. 7 D. eod. (nach einer Conſtitution von Pius:) — tueri usque ad partem virilem exemplo legatorum —.

[4]) Fortſ. III S. 115 f. mit Anm. 36; S. 156 f. Anm. 67 verglichen mit dem Text; S. 163—165; S. 166—168. — Von andern Schriftſtellern wird zwar rückſichtlich einzelner Anwendungen der Lehre, namentlich rückſichtlich des Maßes der Erhaltung des ausgeſetzten Erbtheils zwiſchen den eingeſetzten Deſcendenten mit Notherbenberechtigung und den ſonſtigen personae exceptae unterſchieden; aber man vermißt bei ihnen eine Auseinanderſetzung über die Frage, ob die teſtamentariſchen Erbtheile der Kinder mit Notherbenrecht überhaupt unter das durch Julian und Pius erweiterte Edict de legat. praest. fallen. Vergl. z. B. Förſter §§ 152—154. Mühlenbruch 37 S. 22 f. S. 32—36. Francke S. 148. Bangerow II § 472 unter IV. 3. c.

iſt, ſo kann jene mit Pius beginnende Erweiterung des Edicts über die Vermächtnißleiſtung hier nicht neues Recht geſchaffen haben.

Zu dieſer Erwägung treten beſtärkend die Ausdrücke hinzu, mit denen die römiſchen Juriſten die Aufrechthaltung der teſtamentariſchen Erbfolge jener eingeſetzten Notherben — neben der von andrer Seite nachgeſuchten bon. poss. contra tabulas — bezeichnen. Es heißt:

— praetor *hac ratione* eum tuetur, *quod ex liberis est qui contra tabulas petere potuerunt*: l. 1 D. de legat. praest. 37. 5.

— hereditatem retinet *jure eo, quod bonorum possessionem petere posset:* l. 10 D. de collat. bon. 37. 6.

— (ut) praetor eum — in eam partem qua scriptus sit tueri debeat: l. 14 pr. D. de b. p. co. tab. 37. 4; ähnlich l. 15 § 2. l. 16 D. de legat. praest. 37. 5. l. 1 § 8 D. de collat. bon. 37. 6.

Nirgends dagegen findet ſich eine Hindeutung darauf, daß das Edict über die Vermächtnißleiſtung den Rechtsgrund dieſer prätoriſchen Hülfe bildete.

Sachlich unterſcheidet ſich der Erbſchaftserwerb der eingeſetzten Notherben von dem der ſonſtigen liberi (et parentes) in zwei Punkten. Der Notherbe haftet, wie unter C. noch ausgeführt werden ſoll, bei Wahl der teſtamentariſchen Erbfolge trotz der concurrirenden Notherbfolge andrer Deſcendenten allen auf ihn angewieſenen Vermächtnißnehmern[5]; dagegen haben die gewöhnlichen personae exceptae wieder nur an conjuncti Vermächtniſſe zu entrichten[6]. — Sodann findet der Umfang des dem Notherben nach dem Teſtament zukommenden Erbtheils ſeine Grenze nur in der Quote, die derſelbe bei Erbittung der bon. poss. contra tabulas zu erhalten hatte; innerhalb dieſes Maßes entſcheidet die Ordnung des Erblaſſers. Die Erbtheile ſonſtiger conjuncti dagegen (mit Ausnahme der Erbeseinſetzung zur Rückgabe des Dos) werden insgeſammt zu einer Virilportion vereinigt[7]. — Dieſer zweite Unterſchied iſt im § 28 darzulegen.

---

[5]) l. 14 pr. D. de legat. praest. 37. 5. Dazu die Ausführungen im § 26 unter II A. und B.

[6]) Vergl. einſtweilen l. 5 § 8 D. de legat. praest. 37. 5.

[7]) Vergl. einerſeits l. 14 pr. D. h. t. l. 15 § 2 D. de legat. praest. 37. 5. l. 1 § 8 D. de collat. bon. 37. 6, — anderſeits l. 5 § 7. l. 6. l. 7. l. 8 pr. § 1 D. de legat. praest. 37. 5. — Nach Leiſt beſtände der weitere Unterſchied, daß der Notherbe neben dem Erbtheil aus dem Teſtament die Prälegate nicht be-

B. Haben wir nach den Ausführungen unter A. die dem Edict über die Vermächtnißleiſtung gegebene Ausdehnung auf Erbtheile lediglich auf ſolche personae exceptae zu beziehen, welche die bon. poss. contra tab. nicht nachſuchen können, ſo iſt nun in dieſem Umfange die in der heutigen Wiſſenſchaft mehrfach verhandelte Frage zu beantworten, ob der in Geltung erhaltene Erbtheil dieſe ſeine Natur bewahrt, oder ob er als Erbſchaftsvermächtniß behandelt wird[8]). In der That iſt in Anwendung auf die eingeſetzten und antretenden Deſcendenten mit Notherbenberechtigung jeder Zweifel unberechtigt. Nicht allein wird ihre Antretung ohne Bedenken dem Erwerb auf Grund der bon. poss. contra tabulas an die Seite geſtellt, es werden auch daraus die Folgerungen rückſichtlich der Vermächtnißleiſtung gezogen. Ebenſo kommt, wenn das eingeſetzte Hauskind abſtinirt und dann die bon. poss. ab intestato nachſucht, während in der Perſon eines andern Notherben die bon. poss. contra tab. begründet iſt, die Edictsvorſchrift wegen argliſtiger Ausſchlagung zum Zweck der Vereitelung der Vermächtniſſe zur Anwendung[9]).

Aber auch der Erwerb der conjuncti, die nicht zur contra tab. b. p. gelangen konnten, führt zu wahrer Erbenſtellung. Die Einwendungen von Förſter und Mühlenbruch ſind ohne Gewicht. Erſterer beſchränkt ſeinen Widerſpruch auf den Fall, wo der Eingeſetzte die civile Antretung nicht vornehmen konnte. Hier hätte man die Rechtsform des Erbſchaftsvermächtniſſes angewandt, weil der Prätor die bon. poss. secundum tabulas nicht neben der contra tabulas ertheilt hätte. Das iſt eben für Fälle eines wahren Bedürfniſſes zu beſtreiten. (Vergl. den Schluß von § 24 S. 166 f.). Am wenigſten wird in der von Förſter angerufenen l. 8 § 2 D. h. t. der Gedanke eines Erbſchaftsvermächtniſſes angeſchlagen: trat im Fall der l. 8 der Eingeſetzte nicht an, ſo war aus dem Verſprechen des Notherben

anſpruchen könnte, wohl aber ein ſonſtiger exceptus: l. 22 D. eod. verglichen mit l. 6. l. 8 § 1 D. eod. Nach der Auslegung, die wir der l. 22 cit. geben, müſſen wir dieſer Annahme widerſprechen. Vergl. die Schlußbemerkung des § 25 unter a und die dort in Anm. 20 gegebenen Nachweiſe (S. 173).

[8]) Darüber namentlich Förſter § 143. Mühlenbruch 37 S. 32—36. Schmidt S. 137—139. Uebrigens erörtern dieſe Schriftſteller die Frage in der Faſſung, nach welcher ſie auch die antretenden Notherben begreift.

[9]) l. 14 pr. D. h. t. l. 15 § 1. l. 16 D. de legat. praest. 37. 5. l. 33 D. si quis omissa 29. 4.

wegen der Gewährung des Erbtheils zu klagen. — Auch Mühlenbruch behandelt eingesetzte Kinder und Eltern bei mangelnder Notherbenberechtigung als Vermächtnißnehmer: sein Grund, daß durch die bon. poss. contra tabulas die heredes extranei völlig ausgeschlossen würden, erledigt sich durch den Hinweis auf die jenen Verwandten deutlich in den Quellen eingeräumte Ausnahmsstellung.

Die Annahme wirklicher Erbeseigenschaft läßt sich nach dem Pandektenrecht nicht bestreiten[10]). Soviel hier auch von der Erhaltung der Erbtheile der liberi und parentes die Rede ist — vergl. die Stellen der Anm. 2 —, so wird doch nirgends angedeutet, daß dieselbe auf künstlichem Wege erfolgte. Weiter wird nicht allein von der Erbschaftsantretung wie vom Ausschlagen des Eingesetzten gesprochen[11]), sondern es wird auch der Ersteren die Kraft zugeschrieben, die im Testament angeordneten directen Freilassungen wirksam zu machen[12]). Unverkennbar wird auch einem solchen eingesetzten Erben die Falcidische Quart zugestanden[13]). Ein letzter Beweis wird sich uns unter C. bei der in Anknüpfung an die l. 5 § 8 D. de legat. praest. 37. 5 zu erörternden Frage nach der Behandlung der einem solchen eingesetzten Verwandten auferlegten Vermächtnisse ergeben.

C. Schon unter A. wurde vorläufig bemerkt, daß der auf Grund seiner Einsetzung antretende Notherbe unbeschränkt für alle ihm auferlegten Vermächtnisse haftet, während sonstige personae exceptae nur Vermächtnisse an *conjuncti* zu gewähren haben. Für beide Sätze sollen jetzt die Beweise beigebracht werden. Den ersten bezeugt für den Fall, wo von zwei emancipirten Söhnen der eine eingesetzt, der andere übergangen ist, und nur blos von Letzterem die contra tab. b. p. erbeten wird, African in l. 14 pr. D. de bon. poss. co. tab. 37. 4:

---

[10]) Außer Schmidt sind für diese Auffassung Francke S. 147. Leist S. 156. Wenn letzterer Schriftsteller dem so vom Prätor geschützten Erben blos eine *utilis* hereditatis petitio zugestehen will, so ist das wohl nicht begründet. Derselbe hatte in Folge seines Erbschaftserwerbs die actio directa, der prätorische Schutz bestand nur darin, daß es in diesem besonderen Falle nicht zu der sonst wegen der bon. poss. contra tabulas eingreifenden denegatio actionum oder exceptio doli kam.

[11]) l. 6. l. 8 § 2 D. de legat. praest. 37. 5; l. 21 D. eod.

[12]) l. 8 § 2 D. eod. Vergl. dazu l. 22 pr. D. si quis omissa 29. 4. l. 11 § 2. l. 23 D. de manum. testam. 40. 4.

[13]) l. 5 § 8 D. eod.

— sed illud observandum, ut praetor eum, qui heres institutus adierit, in eam partem qua scriptus sit tueri debeat —: ut hactenus deteriorem causam suam fecerit, quod — extraneis quoque legata praestare cogatur —.

Zwar widerſpricht bei der Erörterung deſſelben Thatbeſtands Paul. l. 15 § 10. de legat. praest. 37. 5: in der Stelle aber iſt eine vereinzelte, im römiſchen Recht nicht zur Geltung gelangte Meinung zu erkennen. Ich beziehe mich wegen dieſes Punkts auf § 26, a. E. (S. 182).

Denſelben Satz in der Anwendung, wo ein Hausſohn präterirt, ein Emancipirter eingeſetzt iſt, beſtätigt Ulpian in l. 16 D. de legat. praest. 37. 5. (aus lib. 4 disputat.):

— proinde si contra tabulas non accepit (sc. emancipatus), dicendum est tuendum eum in partem et utique liberis et parentibus legata praestaturum. *Sed an et omnibus*, dubito: tamen quia plena fruatur voluntate, *plenum et obsequium praestare testatoris judicio pro sua parte debet.*

Betrachten wir jetzt den Fall, wo der Eingeſetzte zur Claſſe der Kinder und Eltern gehört, zur contra tab. b. p. aber nicht gelangen kann. Ich führe ſofort die äußeren Beweiſe für und wider vor; der innere Grund, um deſſen willen in der That nur ſolche dem exceptus aufgelegte Vermächtniſſe als gültig angeſehen werden können, die abermals einer persona conjuncta zugedacht ſind, wird unten bei der eng verwandten Unterſuchung über die Verwendung des Vermögensbetrags der einem ſolchen Erben nicht wirkſam aufgelegten, alſo ausfallenden Vermächtniſſe aufgezeigt werden.

Die Hauptſtelle für unſre Frage iſt Ulp. l. 5 § 8 D. de legat. praest. 37. 5 (aus lib. 40 ad edict.):

Is autem cui portio hereditatis conservatur, utrum omnibus an tantum exceptis personis legata cogatur praestare? *et magis probatur* exceptis solis praestanda —.

Bezöge man dieſen Ausſpruch auf einen eingeſetzten Notherben, ſo träte er in Widerſpruch mit der ſoeben mitgetheilten Aeußerung deſſelben Ulpian in l. 16 D. de legat. praest. 37. 5; ein ſolches Ergebniß wird vermieden, indem man der l. 5 § 8 cit. die von uns behauptete Beziehung gibt. Und dieſe hat ſie beſtimmt[14]). Ulpian

[14]) Für dieſe Anſicht Mühlenbruch 37 S. 38—41. Vangerow II § 472 Anm. unter IV. 3. f. δ. (S. 244 f.). Leiſt Forſ. III S. 164 f. Die entgegen-

handelt in ununterbrochenem Zusammenhange in I. 5 § 6—8 D. eod. und in der nach der Inscription lediglich als Fortsetzung der l. 5 cit. zu betrachtenden l. 8 pr. § 1. 2 D. eod. vom Erbtheil eines exceptus, und dabei ist durchweg an einen Erben zu denken, dem die prätorische Notherbfolge nicht offen steht. Das zeigen die unter II. zu besprechenden Ausführungen über das Maß der Vermächtnißleistung in l. 8 pr. § 1 cit., ferner die Bemerkung der l. 8 § 2 D. eod. über die Wirkung des Protestes des Notherben gegen die Erbschaftsantretung des Eingesetzten[15]).

Zur Unterstützung der entgegengesetzten Ansicht, welche die eingesetzte excepta persona für alle Vermächtnisse haften läßt, beruft man sich noch auf l. 21 D. eod.[16]). Papinian lehrt: schlägt eine excepta persona den ihr angefallenen Erbtheil aus, so hat der mittelst der bon. poss. contra tab. eintretende (emancipirte) Sohn auch auf diesen Theil nur an *excepti* Vermächtnisse zu entrichten. Man sagt, diese Bemerkung wäre überflüssig, wenn auch der ursprüngliche Delat nur in dem gleichen Maße verpflichtet war[17]). Allein so darf,

---

gesetzte Ansicht, welche die l. 8 § 5 cit. ohne Einschränkung auf alle Descendenten und Ascendenten bezieht, die bei vorliegender Notherbfolge auf Grund des Testaments erwerben, ist trotz der damit gegebenen Annahme eines Widerspruch's Ulpian's mit sich selbst in neuerer Zeit vertreten von Francke S. 154—156. Schmidt S. 140 f. Anm. 246.

[15]) Ein weiteres Argument für die von uns angenommene Ansicht sucht Bangerow (Anm. 14 cit.) der folgenden l. 3 § 4 D. de legat. praest. 37. 5. abzugewinnen: Item si quis ex his personis (sc. exceptis) rogatus sit restituere *extero* quod sibi relictum est, dicendum non esse legatum praestandum, quia emolumentum ad eum non respicit. In der That scheint der Schluß bündig: wie hier das dem begünstigten Legatar zur Last geschriebene Fideicommiß an einen extraneus, so muß jedes dem begünstigten Erben auferlegte Vermächtniß an einen solchen Empfangsberechtigten hinfällig sein. Aber wer ist als Beschwerter in l. 3 § 4 cit. gedacht? Die Frage begegnet derselben Schwierigkeit, die uns die l. 5 § 8 cit. entgegensetzt; darum kann die eine Stelle nicht wohl zur Erklärung der andern dienen.

[16]) So Schmidt S. 140.

[17]) Einen andern, noch weniger zu billigenden Gebrauch macht Leist (III S. 163 f.) von der l. 21 cit. Er sieht in dem Rechtsverhältniß, welches nach der Stelle für den in der Hand des Notherben anwachsenden Erbtheil zur Geltung kommt, den geschichtlichen Grund für das Maß der der erbenden excepta persona selbst auferlegten Verpflichtung zur Leistung der Vermächtnisse. Zur Erklärung wird geltend gemacht, die Leistung solcher Vermächtnisse sei „eine eigentlich dem contra tab. bon. possessor obliegende" gewesen. Allein nicht nur dieser letzte

wie ich meine, nicht geſchloſſen werden. Papinian will beſtimmen, welchen Einfluß der Uebergang des bezeichneten Erbtheils an den Notherben auf die Vermächtniſſe ausübt. Dieſer Einfluß hängt nicht ab von dem Rechtsverhältniß, welches im Fall des Erwerbs des Teſtamentserben entſtanden ſein würde; eben darum nimmt Papinian auf daſſelbe keine Rückſicht.

Mit der jetzt verhandelten Frage ſteht die andere in Verbindung: wie wird der Vermögenswerth behandelt, den die neben der prätoriſchen Notherbfolge auf Grund des Teſtaments erbenden Kinder und Eltern ohne Notherbenberechtigung in Folge des Ausfalls der ihnen nach dem ſoeben Ausgeführten ungültig auferlegten Vermächtniſſe an extranei erſparen? Darauf ertheilt der nachſtehende zweite Theil der l. 5 § 8 cit. eine Antwort; — freilich geben Ulpian's Worte reichlich zu Zweifeln Veranlaſſung:

> nec tamen solius commodo id cedit. nam si legatis onerata sit portio tam liberorum parentiumve quam extraneorum, id quod extraneis non praestatur, liberis parentibusve profuturum non dubitamus. igitur ita demum quod extraneis non praestatur *communicatur cum eo*, qui contra tabulas petit, si non legatariis liberis parentibusve dandum sit.

Der Juriſt macht die Vorausſetzung, daß der Erbtheil der persona excepta ſich beim Tode des Erblaſſers übermäßig mit Vermächtniſſen an Kinder und Eltern und an dritte Perſonen (extranei) beſchwert zeigt. In Folge davon werden alle Vermächtniſſe in jenem Zeitpunkt von Rechtswegen durch das Falcidiſche Geſetz entſprechend geſchmälert. Wird aber demnächſt von andrer Seite die bon. poss. contra tab. nachgeſucht, ſo fallen nach Ulpian's Bemerkung im erſten Theil der l. 5 § 8 cit. (vergl. S. 187) die an die dritten Perſonen vergebenen Vermächtniſſe völlig aus. Was geſchieht mit dem ſo erſparten Vermögenswerthe? Derſelbe ſoll nach Ulpian den beſchwerten Verwandten allein nicht zum Vortheil gereichen. Zunächſt dient er dazu, die Vermächtniſſe an Eltern und Kinder wieder bis zum urſprünglich beſtimmten Betrage aufzubeſſern; was übrig iſt, ſoll der Eingeſetzte zwiſchen ſich und dem Notherben,

---

Satz, ſondern auch die obige Anſicht, die auf ihn gegründet wird, iſt zu beſtreiten. Die Regel in l. 21 cit. und die Grundſätze über die Leiſtung der Vermächtniſſe Seitens der erbenden Kinder und Eltern ſind von einander unabhängig. Mehr davon weiter unten im Text.

der die bon. poss. contra tab. nachgeſucht hat, zur Theilung bringen. Eben dieſes „*communicari*“ iſt es, was der Auslegung Schwierigkeiten bereitet[18]). Geht man von der unter B. zurückgewieſenen Anſicht aus, daß der conjunctus als Eingeſetzter die Stellung eines Erbſchafts-vermächtnißnehmers einnimmt, ſo muß man jenen nach der Entrichtung der Vermächtniſſe an Eltern und Kinder verbleibenden Reſt des erſparten Werths den zur contra tabulas greifenden Notherben ausſchließlich zuweiſen[19]). Mühlenbruch (vergl. Anm. 18), der jene Conſtruction vertheidigt, glaubt bei l. 5 § 8 cit. durch die Annahme helfen zu können, die Stelle ſetze Einſetzung des exceptus zum alleinigen Erben voraus. Allein abgeſehen davon, daß Ulpian's Worte einer ſolchen Unterſtellung keine Nahrung geben, läßt ſich auch mit Hülfe derſelben von Mühlenbruch's Standpunkt aus die Theilung des Ueberſchuſſes zwiſchen dem Eingeſetzten und dem Notherben nicht rechtfertigen. — Anders Vangerow (Anm. 18); derſelbe ſieht zwar gleich uns in dem eingeſetzten Verwandten einen wahren Erben, aber er hält dafür, daß die zu Laſten deſſelben hinterlaſſenen Vermächtniſſe im Grunde von Notherben entrichtet werden; darum überweiſt er dieſen den ganzen erſparten Betrag. Dem hat Leiſt (S. 166 Anm. 75) mit Recht das „communicatur“ und das vorausgehende „nec tamen *solius* commodo id cedit“ entgegengehalten. Aber auch Leiſt behandelt die Vermächtnißleiſtung als eine eigentlich dem contra tabulas bon. possessor obliegende Laſt: er vermißt daher eine befriedigende Erklärung der l. 5 § 8 cit. (S. 163 a. E. S. 166 z. A.).

Nach meiner Ueberzeugung muß man ſich von dem Gedanken frei machen, als würden die zu Laſten der eingeſetzten persona excepta hinterlaſſenen Vermächtniſſe irgendwie in Vertretung des bon. possessor contra tab. geleiſtet. Wie jener Beſchwerte wahrer Erbe iſt, ſo erſcheint er auch in eigner Perſon beſchwert; dem entſpricht der Wortlaut der l. 5 § 8 cit. Hiernach iſt vielmehr zu erklären, warum der erſparte Werth nicht dem beſchwerten Teſtaments-erben allein verbleibt, und dies wird auf folgender Gedankenverbindung beruhen.

[18]) Vergl. Mühlenbruch S. 39 f. Anm. 84. Vangerow II. § 472 Anm. unter IV. 3. f. δ. Leiſt III. S. 165. 166, beſonders Anm. 75.

[19]) Vergl. die l. 3 § 4 D. de legat. praest. 37. 5 in Anm. 15. Bei der hier und weiter unten im Text der l. 3 § 4 cit. gegebenen Verwendung kommt ſelbſtverſtändlich die ſubjective Ausdehnung dieſes Ausſpruchs nicht in Betracht.

Auch wo die persona excepta als Erbe erſcheint, gelangt ſie doch zum Erwerb nur mit Hülfe der Ausnahmsvorſchrift des Edicts über die Vermächtnißleiſtung: darum bleibt dieſe Vorſchrift für die zu Laſten eines ſolchen Erben angeordneten Vermächtniſſe maßgebend, und ſie macht die Vermächtniſſe an extranei hinfällig [20]). Daß die damit erſparten Beträge an erſter Stelle zur Ergänzung der Vermächtniſſe an Eltern und Kinder verwendet werden, begreift ſich leicht: nach dem Ausfallen der Vermächtniſſe an dritte Perſonen erſcheint die Anwendung des Falcidiſchen Geſetzes nicht mehr veranlaßt [21]). Der danach noch vorhandene Reſt aber kann jenen Erben als Beſchwerten nicht verbleiben, weil deſſen Erwerb unter den Grundſätzen des Edicts de legatis praestandis ſteht, dieſe aber nur ſolche Zuwendungen geſtatten, welche den bedachten Verwandten verbleiben ſollen (l. 3 § 4 D. de legat. praest. in Anm. 15). Auf der andern Seite erhält der Eingeſetzte als wirklicher Erbe ſeinen Erbtheil nicht von den Miterben, ſondern aus der Erbſchaft. Darum kann der Reſt des erſparten Werths nur an dieſe fallen. Haben nun an der Erbſchaft ſowohl der Teſtamentserbe wie der Notherbe Theil, ſo ergibt ſich, daß jener Reſt dem Einen wie dem Andern zu gut zu kommen hat.

Nach dieſer Auslegung beweiſt l. 5 § 8 cit., wie am Schluſſe von B. bemerkt wurde, daß die eingeſetzten excepti ohne Notherbenberechtigung wahre Erben ſind.

§ 28.

4. Maß der Erhaltung der letztwilligen Zuwendungen *).

I. Das Edict über die Vermächtnißleiſtung gab keine Grenze an, bis zu welcher die Vermächtniſſe an die bevorzugten Perſonen gültig bleiben ſollten. Die einzige Schranke lag demnach im Falcidiſchen Geſetz [1]). Dieſe Schranke war unzureichend: ſie geſtattete eine unbillige Vertheilung des Vermögens, indem unter Umſtänden der Notherbe mittelſt der bon. possessio contra tab. weniger erhielt, als

[20]) Das iſt nach meiner Ueberzeugung der innere Grund des oben bei der vorigen Frage aus der erſten Hälfte der l. 5 § 8 D. cit. abgeleiteten Satzes.

[21]) Vergl. l. 5 § 5 D. de legat. praest. 37. 5.

*) Francke S. 147 f. Mühlenbruch 37 S. 22—27. Schmidt S. 141—144. Leiſt Forſt. III. S. 166—169.

[1]) Ueber deſſen Anwendung l. 5 § 5 vergl. mit § 8. l. 6 D. de legat. praest. 37. 5.

ein nicht zur Notherbfolge berufener Verwandter kraft des Testaments erlangte. Als man dann anfing, auch Erbeseinsetzungen aufrecht zu halten, erwies sich die Beschränkung vollends unwirksam[2]).

Die Ergänzung ist nicht vom Prätor ausgegangen, sondern von der Jurisprudenz, der die kaiserliche Gewalt beitrat. Julian war es, der gleichzeitig der Ausdehnung des Edicts auf Erbeseinsetzungen und der Einschränkung des auf solchem Wege wie durch Vermächtniß vom exceptus zu machenden Erwerbs auf das Maß dessen das Wort redete, was der Notherbe vermöge der bonor. possessio erlangte, — auf die virilis portio. Dieser Ansicht stimmte eine Constitution von Pius bezüglich der Erbeseinsetzung bei[3]). Die Ausdehnung auf die Schenkungen auf den Todesfall hat wieder die Rechtswissenschaft vermittelt. Die Berechnung der portio virilis wird von Ulpian in l. 8 pr. D. de legat. praest. 37. 5 so dargestellt: steht einer der Kinder oder Eltern als Eingesetzter neben einem oder mehreren zur b. p. contra tab. gelangten Notherben, so kommt der Antheil des Ersteren dem Theil des einzelnen Notherben gleich; stehen dagegen neben einem einzelnen Notherben mehrere Eingesetzte der zuerst genannten Classe, so erhalten diese zusammen nur einen Kopftheil. — Wenn umgekehrt bemerkt wird, daß der auf weniger als den Viriltheil Eingesetzte (und Gleiches soll bei Vermächtniß wie Schenkung auf Todesfall gelten) eben nur das erhält, was ihm im Testament zugedacht ist[4]), so ist dies hier, wo die Notherbenberechtigung fehlt, selbstverständlich. — Ist der Eingesetzte mit Erbtheil und Vorvermächtniß bedacht, so wird zwar Beides zu seinen Gunsten wirksam, aber immer nicht über den Betrag des Viriltheils hinaus[5]). Daß die Berech-

[2]) Näher ausgeführt sind diese Sätze bei Schmidt S. 141—143.

[3]) Ulp. l. 5 § 7 D. de legat. praest. 37. 5. Ad eum tamen modum talibus personis succurrendum est, ut ampliore quidem quam virili portione heredibus data usque ad virilem tueantur, in minorem autem eatenus actiones his tribuantur, quatenus scriptae sint. *idem observatur et circa legata fideicommissa, quae his data fuerint* et in mortis causa donationibus. — Tryphon. l. 7 D. eod. Nam secundum constitutionem divi Pii ad Tuscium Fuscianum (Matuccium Fuscinum? *Momms.*) Numidiae legatum placuit parentes et liberos heredes quoque institutos tueri usque ad partem virilem *exemplo legatorum*, ne plus haberent ex institutione tales personae, quam ad eum perventurum esset, qui contra tabulas bonorum possessionem accepit. Die Ansicht Julian's bringt l. 6 D. eod. Vergl. noch l. 3 in f. l. 7 D. de conjung. 37. 8.

[4]) l. 5 § 7 cit.

[5]) l. 8 § 1 D. de legat. praest. 37. 5. — Daß der Testamentserbe nicht

nungsweiſe bei Erbtheilen wie Vermächtniſſen eine gleichmäßige iſt, zeigen l. 5 § 7 cit. (Anm. 3) und l. 8 pr. cit.

So das Material der Quellen. Zu fragen iſt, ob die dargeſtellte Grenze, insbeſondere die Einſchränkung der ſämmtlichen zugelaſſenen Teſtamentserben auf Eine Virilportion, auch auf die Erbtheile derjenigen eingeſetzten Deſcendenten Anwendung findet, welche die bon. poss. contra tab. erbitten können, aber den teſtamentariſchen Erbtheil vorziehen. Die herrſchende Meinung, die dies verneint[6]), iſt in neuerer Zeit von Schmidt angefochten[7]); indeſſen müſſen wir an ihr feſthalten. Zu ihrer Begründung iſt vor Allem der in § 27 unter A (S. 183 f.) dargelegte Satz zu benutzen, daß die nachträgliche Ausdehnung des Edicts de legat. praest. auf Erbeseinſetzungen ſich überall nicht auf die Erbtheile jener zur bon. poss. contra tab. (commisso per alium edicto) berechtigten Teſtamentserben bezieht. Erwägt man, daß gleichzeitig und in der Geſtalt eines einheitlichen Rechtsſatzes ſowohl dieſe Erweiterung des prätoriſchen Inſtituts, wie anderſeits die gegenwärtig intereſſirende Feſtſetzung eines poſitiven Maßes, innerhalb deſſen ſich der Schutz der betreffenden Zuwendungen zu bewegen hat, von der Jurisprudenz wie von der kaiſerlichen Gewalt in's Rechtsleben eingeführt iſt (vergl. die Stellen in Anm. 3), ſo überzeugt man ſich, daß auch die genannte Maßbeſtimmung die Erbtheile der eingeſetzten Notherben nicht berührt. Damit fällt der eine von Schmidt's Beweisgründen, — der Hinweis auf das, was uns in l. 7 D. de legat. praest. 37. 5 über den Inhalt der Conſtitution von Pius mitgetheilt wird. Denn wenn Tryphonin's Bericht keine Unterſcheidung nach den verſchiedenen Claſſen von Erben macht, ſo war eben zu einer ſolchen nach dem, was vorhin bezüglich der Ausdehnung der kaiſerlichen Verfügung bemerkt wurde, kein Anlaß vorhanden. — Unſre Anſicht hat ſich ferner darauf zu berufen, daß in keiner der Stellen, welche erweislich den Schutz der teſtamentariſchen Erbtheile von Erben mit Notherbenberechtigung beſprechen, von der Einſchränkung aus l. 8 pr. D. de

am Werth der Sclaven Theil hat, welche in Folge der Vereitelung ihrer Freilaſſung der Erbſchaft erhalten bleiben (l. 23 eod.), beruht darauf: dieſer Werth wird nur in Folge der contra tab. b. p. erſpart, und nur in Folge davon, daß die Erbſchaftsantretung der Eingeſetzten unterbleibt, l. 8 § 2 D. eod.

[6]) Nachweiſe im § 27 Anm. 4.

[7]) Recht der Notherben S. 144, beſonders Anm. 265.

legat. praest. 37. 5 die Rede ist, selbst da nicht, wo die doppelte Begrenzung jener Erbtheile durch den Willen des Erblassers und den Betrag, dessen, was dem Erben die contra tab. bon. poss. gewährt haben würde, in's Auge gefaßt wird[8]). Man darf nur dabei nicht übersehen, daß die Quellen den Ausdruck virilis portio (oder pars) in doppelter Bedeutung verwenden. Er kommt vor in engster Beziehung zu der seit Julian dem Edict über die Vermächtnißleistung beigegebenen Maßbestimmung, also bei den Ansprüchen von Eltern und von Kindern ohne Notherbenberechtigung[9]). Daneben wird aber auch der Erbtheil, welchen der Notherbe sei es als Testamentserbe, sei es mittelst der bon. poss. contra tab. erhält, als portio virilis bezeichnet, und das in Stellen, in welchen an den Gegensatz der Erbtheile von Eltern oder von Kindern ohne Notherbenberechtigung überall nicht gedacht ist[10]).

Schmidt beruft sich noch darauf, daß bei den Vermächtnissen die Zusammenrechnung der Bezüge aller Kinder und Eltern zweifellos festgestellt sei[11]), daß diese demnach auch für mehrere zur contra tabulas berechtigte, nur mit Vermächtnissen bedachte Descendenten zu gelten habe: und doch sei die Behandlung der Erbeseinsetzungen im Allgemeinen die gleiche, wie die der Vermächtnisse, in beiden Fällen stehe eine und dieselbe virilis portio in Frage. Auch dieses Argument verliert seine Spitze schon dann, wenn wir mit Recht behauptet haben, daß die Festsetzung eines Maßes für die Conservirung der Erbtheile — durch Julian und Pius — auf eingesetzte Kinder mit Notherbenberechtigung keinen Bezug hat. Indessen muß auch weiter gefragt werden: steht es denn fest, daß das Maß der virilis portio auch für die Vermächtnisse an die eingesetzten Notherben gilt? Der Widerspruch gegen diese Annahme ist jetzt zu begründen.

II. Allerdings ist es, soviel mir bekannt, allgemeine Annahme, daß die Einschränkung der Zuwendungen an die Eltern und Kinder

[8]) Vergl. l. 8 § 14. l. 14 pr. D. h. t. l. 15 § 1. 2. l. 16 D. de legat. praest. 37. 5. l. 1 § 8. l. 10 D. de collat. 37. 6.

[9]) So steht der Ausdruck in l. 5 § 7. 8. l. 8 pr. § 1. 2. 5. l. 23 D. de legat. praest. 37. 5. l. 7 D. de conjung. 37. 5. Es ist begreiflich, daß hier auch der zur Vergleichung herangezogene Theil des contra tab. bon. possessor den Namen portio virilis führt: l. 8 pr. l. 20 pr. D. de legat. praest. 37. 5.

[10]) S. l. 8 § 14 in f. l. 13 § 1 D. h. t. 37. 4. l. 1 § 8 D. de collat. bon. 37. 6. l. 5 pr. D. de dot. coll. 37. 7.

[11]) l. 8 pr. D. de legat. praest. 37. 5.

auf die portio virilis bei Vermächtniſſen ausnahmslos Platz greift, — auch da, wo der Bedachte zu den Notherben gehört[12]). Allein mit den Beweiſen für dieſe Annahme ſteht es ſehr mißlich. Gewiß iſt, daß das Edict *de legat. praest.* auch auf die Kinder geht, welche am Notherbenrecht Theil haben. Allein unter den Stellen, welche dafür Zeugniß legen (vergl. dieſelben im § 25 Anm. 19), findet ſich keine, die das von Julian und Pius begründete Maß der *portio virilis* auf die Vermächtniſſe an ſolche Erben anwendete, und dieſe ſpäter entſtandene Grenzbeſtimmung iſt wohl vom urſprünglichen Edict zu unterſcheiden. Sieht man auf die Aeußerungen der Quellen, welche näher auf jene neue Rechtsregel eingehen, ſo begegnen hier Erbtheil und Vermächtniß in engſter Verbindung[13]). Die Conſtitution von Pius ging dahin, l. 7 D. de legat. praest. 37. 5 (in § 28 Anm. 3):

— parentes et liberos *heredes* quoque institutos tueri usque ad partem virilem *exemplo legatorum* —;

Julian in l. 6. D. eod., bei dem die Schranke der portio virilis noch als eine erſt im Recht heimiſch zu machende auftritt, äußert:

— decreto itaque ista temperari debebunt, ut *et heredidatis partem* emancipatus praestet ita, ne scriptus heres amplius habeat quam emancipatus, *et legatorum modus temperaretur*, ut nihil plus ex legatis ad aliquem perveniat, quam ad emancipatum bonorum possessionis nomine remansurum est.

Ulpian aber erklärt ſich in l. 5 § 7 D. eod. (§ 28 Anm. 3) nach Darſtellung der auf die Erbtheile bezüglichen Einſchränkung ſo:

— idem observatur et *circa legata fideive commissa*, quae *his* data fuerint, et in mortis causa donationibus.

In l. 8 pr. D. eod. beſtimmt derſelbe Juriſt zunächſt die portio virilis bei Erbtheilen genauer; dann fügt er hinzu:

— hoc idem et in legatis observabitur.

Nach allen dieſen Zeugniſſen iſt es ein einiger Rechtsſatz, der hier für Erbtheile und Vermächtniſſe dargeboten wird. In Berückſichtigung deſſen aber, ſowie in Berückſichtigung der Aeußerung, es

---

[12]) Die im § 27 Anm. 4 gegebenen Nachweiſe über die herrſchende Lehre bezüglich der Erbtheile beziehen ſich nur auf dieſe. Wegen der Anſicht von Leiſt über die Vermächtniſſe vergl. denſ., Fortſ. III S. 167.

[13]) In l. 18. 19 D. de legat. praest. 37. 5 wird das Vermächtniß an einen Enkel des Erblaſſers auf den Betrag des Erbtheils eingeſchränkt, den der Enkel im Wege der b. p. contra tab. erlangt haben würde. Vergl. § 25 a. E. (S. 173 ff.).

seien die nämlichen Personen, auf welche sich die Beschränkung in Ansehung der Erbtheile und der Vermächtnisse beziehe (l. 5 § 7 cit.), erscheint die Annahme unmöglich, daß man doch bei den Vermächtnissen einen weiteren Personenkreis im Auge gehabt haben sollte, als bei den Erbtheilen.

Zu diesen den Quellen entnommenen Gründen tritt eine Erwägung allgemeinerer Natur hinzu. Die Descendenten mit prätorischer Notherbenberechtigung sind zugleich pflichttheilsberechtigt. Nun ist es bestimmt eine bei den Römern zu allen Zeiten, seit es ein materielles Notherbenrecht gegeben hat, mannigfach geübte Form letztwilliger Bedenkung von Notherben gewesen, daß man denselben (neben formeller Ausschließung, wo es deren bedurfte) den Pflichttheil durch Vermächtniß zuwendete. Sollte es wohl dem Julian und Pius in den Sinn gekommen sein, eine solche Sitte durch Anlegung der Schranke der portio virilis zu durchkreuzen? Wie leicht diese die Zuwendung unter den Pflichttheil herabdrücken konnte — so beim Vorhandensein einer Mehrheit von Vermächtnißnehmern —, liegt auf der Hand.

Ich behaupte hiernach, daß die erwähnte Maßbestimmung bei den Vermächtnissen an Notherben nicht zur Anwendung gekommen ist.

§ 29.

D. Einfluß auf sonstige Nebenverfügungen.

Außer den bisher besprochenen Vermächtnissen erörtern wir als Nebenverfügungen des Testaments, bei denen der Einfluß der prätorischen Notherbfolge in Frage kommt, die Freilassungen, Vormundsbestellungen und Pupillarsubstitutionen.

I. Freilassungen[1]). Der Prätor hat der bon. poss. contra tabulas einen besonderen Einfluß auf die im Testament verordneten Freilassungen nicht eingeräumt. Danach ist es bei dem Satze des Civilrechts geblieben, daß die directe Freiheitsertheilung wirksam wurde, wenn einer der Testamentserben antrat[2]), — aber auch schon, wenn ein solcher Erbe absichtlich, zum Nachtheil der Vermächtnisse und Freilassungen, das Vermögen unter Ausschlagung der testamentarischen Erbfolge kraft gesetzlicher Succession an sich oder einen Andern brachte[3]). Jener Satz, daß die Freilassungen auch bei be-

[1]) Schmidt S. 145—147. Leist II S. 30—38.

[2]) l. 11 § 2. l. 25. l. 58 D. de manum. testam. 40. 4.

[3]) l. 23 pr. D. eod. Ueber diesen Fall besonders Leist S. 31—34.

gründeter contra tab. b. p.[4]) mit der Antretung eines jeden Teſtamentserben in Kraft treten, wird durch l. 8 § 2 D. de legat. praest. 37. 5 bewieſen; umgekehrt ergibt ſich aus l. 23 D. eod., daß die Freilaſſungen ungültig wurden, wenn der Erwerb der Erbſchaft aus dem Teſtament der Notherbfolge wegen unterblieb. Wie aber die einmal erworbene Freiheit dem bisherigen Sclaven auch ſonſt nicht zu entziehen war[5]), ſo fehlte es insbeſondere den Notherben an einem Mittel, ſie rückgängig zu machen. Hierauf bezieht ſich l. 8 § 2 D. cit. Nach dieſer Stelle ſollte der Notherbe gegenüber der eingeſetzten excepta persona — zur Verhütung des aus den Freiheitsertheilungen entſpringenden Vermögensverluſts — wider den Erwerb der Erbſchaft aus dem Teſtament proteſtiren können; nur mußte er dem Eingeſetzten gleichzeitig die Gewährung des ihm gebührenden Erbtheils zuſichern. Erfolgte dann die Antretung doch, ſo war gegen den Teſtamentserben die actio doli begründet.

Zu fragen iſt hierbei: konnte der Notherbe, welcher die contra tabulas geſucht hatte, auch gegenüber einem heres extraneus wider die Antretung mit der beſchriebenen Wirkung proteſtiren? Leiſt beſtreitet dies (III S. 37 f.), er ſieht in dem in l. 8 § 2 D. cit. beſprochenen Angebot der Entſchädigung für den Erbtheil den Grund, um deſſen willen der Teſtamentserbe für die nachtheiligen Folgen ſeines Erbſchaftserwerbs verantwortlich gemacht werden konnte. Das iſt ſchwerlich richtig. Der eingeſetzte conjunctus hat (innerhalb gewiſſer Grenzen) auch der Notherbfolge gegenüber ein Recht auf ſeinen Erbtheil; erſt wenn ihm für dieſen volle Vergütung vom Notherben zugeſichert iſt, trifft ihn bei dennoch erklärtem Erbſchaftsantritt der Vorwurf der Chikane. Dem heres extraneus, dem die Notherbfolge das ganze Vermögen entzieht, iſt ein ſolcher Vorwurf ohne Weiteres zu machen, ſobald er nur weiß, daß ſein Erwerb inhaltlos ſein würde.

II. Vormundsernennungen. Ueber die Behandlung einer im angefochtenen Teſtament enthaltenen Ernennung von Vormündern, gewähren die auf die bon. poss. contra tabulas bezüglichen Aeußerungen der Quellen keinen Aufſchluß. Indeſſen wird man nicht allein anzunehmen haben[6]), daß die gültig angeordnete Beſtellung eines Vor-

[4]) Vergl. Schmidt Anm. 271.

[5]) l. 4 § 2 D. de fideic. libert. 40. 5. l. 3 C. de testam. manum. 7. 2. Dazu im Allgemeinen l. 7 pr. D. de dolo 4. 3. l. 1. 2. 4 C. si adv. libert. 2. 31.

[6]) Darüber Leiſt II S. 45 f.

munds bei erfolgtem Antritt der Testamentserben nicht durch die nachgesuchte bon. poss. contra tab. berührt wurde; vielmehr trat wohl regelmäßig selbst dann Confirmation der ernannten Vormünder ein, wenn die eingesetzten Erben wegen der in Aussicht stehenden Agnition der b. p. contra tabulas von der Erbschaftsantretung Abstand nahmen[7]).

III. Pupillarsubstitution. — Vermächtnißleistung des Substituten[8]).

A. Weil Testament des Kindes, damit auf eine andere Erbschaft bezüglich, als die ist, bei welcher Notherbfolge begründet ist, wird die gültig angeordnete Pupillarsubstitution durch die b. p. contra tab. an sich nicht berührt. Allein die Pupillarsubstitution ist in ihrem Bestande vom väterlichen Testament abhängig, sie wird insbesondere hinfällig, wenn ein Erbschaftserwerb auf Grund des Testaments nicht stattfindet[9]). Sehen daher die in diesem Testament eingesetzten Erben wegen der nachgesuchten oder drohenden b. p. contra tab. vom Erbschaftserwerb ab, so möchte man folgern, daß auch das Pupillartestament seine Kraft verlieren müsse. Dennoch hat man diesen Satz grade in unsrer Zeit bestritten[10]): die beigebrachten Gründe sind hier zu erwägen.

Zunächst scheint es in einer Stelle, der l. 34 § 2 D. de vulg. 28. 6, gradezu ausgesprochen zu werden, daß die Pupillarsubstitution in Geltung bleibt, auch wenn das Testament wegen der Notherbfolge destituirt wird:

> Etiamsi contra patris tabulas bonorum possessio petita sit, substitutio tamen pupillaris valet, et legata omnibus praestanda sunt, quae a substitutione (substituto? edd.) data sunt.

In Wahrheit ist diesem Ausspruch wohl keine Bedeutung beizulegen. Er enthält keine Angabe darüber, ob nicht der Notherbfolge ungeachtet Erbschaftserwerb aus dem Testament vorausgesetzt wird.

---

[7]) Arg. l. 31 D. de testam. tut. 26. 2. l. 3 D. de confirm. tut. 26. 3.

[8]) Francke S. 142—145. S. 156—163. Schmidt S. 147—150. Leist, Forts. II S. 38—45. S. 63 f. III S. 169—173.

[9]) l. 2 § 1. l. 10 § 4 D. de vulg. 28. 6. Vergl. dazu l. 41 § 5 D. de testam. mil. 29. 1.

[10]) Für die Annahme der Ungültigkeit Francke S. 142—144. Mühlenbruch 37 S. 18 Anm. 38. Bangerow II § 472 Anm. unter IV. 1. Leist a. a. O. — Für die Gültigkeit der Substitution Hingst S. 215 f. Schmidt a. a. O.

Aller Wahrscheinlichkeit nach hat man aber diese Voraussetzung in African's Worte hineinzutragen, und zwar ist bei Berücksichtigung von drei andern Fragmenten — l. 35 D. eod. l. 126 pr. D. de legat. I° (30) l. 5 pr. D. de legat. praest. 37. 5 — an folgenden in diesen Parallelstellen vorliegenden Thatbestand zu denken. Im väterlichen Testament war der Pupill zum Erben eingesetzt, er wurde danach als suus mit des Erblassers Tode ipso jure Erbe; da aber ein anderer Notherbe übergangen war, so griff er zur bon. poss. commisso per alium edicto.

Vor Allem die l. 35 cit. legt es sehr nahe, daß wir die in l. 34 § 2 cit. mitgetheilten Thatsachen in dieser Weise zu ergänzen haben: nicht allein ist sie in der Compilation dicht an die Letztere herangerückt, — es hat auch die Eine wie die Andere den African zum Verfasser. Schon Francke aber hat auf die Schlußworte der l. 34 § 2 cit. hingewiesen, wonach der Pupillarsubstitut mit Vermächtnissen beschwert war. Solche konnten ihm nur dann gültig auferlegt werden, wenn entweder der Pupill oder er selbst vom Erblasser zum Erben eingesetzt war[11]). Nun liegt die zweite Möglichkeit bei der Fassung der l. 34 cit. sehr fern, also dürfen wir die erste als gegeben denken.

Danach bezeugt l. 34 § 2 cit. Nichts, was über den Inhalt der drei andern Stellen hinausginge. Das Eine indessen ergibt sich mit Bestimmtheit aus den verglichenen Fragmenten, namentlich aus l. 35 und l. 5 pr. citt.: das Testament bleibt in Geltung, obgleich der zum Alleinerben ernannte Pupill die b. p. contra tab. mit Rücksicht auf die vorliegende Uebergehung eines andern Notherben nachgesucht hat. Die Frage, wie das zu erklären, bildet einen neuen Streitpunkt. Die Auffassung von Francke, im Wesentlichen auch von Leist, ist diese: der Pupill ist Erbe geworden, und diese Erbeseigenschaft wird durch seine Entscheidung für die b. p. contra tab. so wenig beseitigt, wie wenn er abstinirt. — Schmidt meint diese Erklärung beanstanden zu müssen. Er weist auf den Fall hin, wo die im Testament gerufenen sui heredes sich der Erbschaft entschlagen, um das Vermögen kraft der gesetzlichen Erbfolge frei von Vermächtnissen an sich zu bringen. Nach ihm würden hier die sui zur Vermächtnißleistung herangezogen nicht, wie das aus der Ansicht von

[11]) Vergl. die Nachweise bei Windscheid III § 559 Anm. 29 und 31.

der die bon. poss. contra tab. nachgesucht hat, zur Theilung bringen. Eben dieses „*communicari*“ ist es, was der Auslegung Schwierigkeiten bereitet[18]). Geht man von der unter B. zurückgewiesenen Ansicht aus, daß der conjunctus als Eingesetzter die Stellung eines Erbschaftsvermächtnißnehmers einnimmt, so muß man jenen nach der Entrichtung der Vermächtnisse an Eltern und Kinder verbleibenden Rest des ersparten Werths den zur contra tabulas greifenden Notherben ausschließlich zuweisen[19]). Mühlenbruch (vergl. Anm. 18), der jene Construction vertheidigt, glaubt bei l. 5 § 8 cit. durch die Annahme helfen zu können, die Stelle setze Einsetzung des exceptus zum alleinigen Erben voraus. Allein abgesehen davon, daß Ulpian's Worte einer solchen Unterstellung keine Nahrung geben, läßt sich auch mit Hülfe derselben von Mühlenbruch's Standpunkt aus die Theilung des Ueberschusses zwischen dem Eingesetzten und dem Notherben nicht rechtfertigen. — Anders Vangerow (Anm. 18); derselbe sieht zwar gleich uns in dem eingesetzten Verwandten einen wahren Erben, aber er hält dafür, daß die zu Lasten desselben hinterlassenen Vermächtnisse im Grunde von Notherben entrichtet werden; darum überweist er diesen den ganzen ersparten Betrag. Dem hat Leist (S. 166 Anm. 75) mit Recht das „communicatur“ und das voraufgehende „nec tamen *solius* commodo id cedit“ entgegengehalten. Aber auch Leist behandelt die Vermächtnißleistung als eine eigentlich dem contra tabulas bon. possessor obliegende Last: er vermißt daher eine befriedigende Erklärung der l. 5 § 8 cit. (S. 163 a. E. S. 166 z. A.).

Nach meiner Ueberzeugung muß man sich von dem Gedanken frei machen, als würden die zu Lasten der eingesetzten persona excepta hinterlassenen Vermächtnisse irgendwie in Vertretung des bon. possessor contra tab. geleistet. Wie jener Beschwerte wahrer Erbe ist, so erscheint er auch in eigner Person beschwert; dem entspricht der Wortlaut der l. 5 § 8 cit. Hiernach ist vielmehr zu erklären, warum der ersparte Werth nicht dem beschwerten Testamentserben allein verbleibt, und dies wird auf folgender Gedankenverbindung beruhen.

---

[18]) Vergl. Mühlenbruch S. 39 f. Anm. 84. Vangerow II. § 472 Anm. unter IV. 3. f. δ. Leist III. S. 165. 166, besonders Anm. 75.

[19]) Vergl. die l. 3 § 4 D. de legat. praest. 37. 5 in Anm. 15. Bei der hier und weiter unten im Text der l. 3 § 4 cit. gegebenen Verwendung kommt selbstverständlich die subjective Ausdehnung dieses Ausspruchs nicht in Betracht.

Auch wo die persona excepta als Erbe erſcheint, gelangt ſie doch zum Erwerb nur mit Hülfe der Ausnahmsvorſchrift des Edicts über die Vermächtnißleiſtung: darum bleibt dieſe Vorſchrift für die zu Laſten eines ſolchen Erben angeordneten Vermächtniſſe maßgebend, und ſie macht die Vermächtniſſe an extranei hinfällig[20]). Daß die damit erſparten Beträge an erſter Stelle zur Ergänzung der Vermächtniſſe an Eltern und Kinder verwendet werden, begreift ſich leicht: nach dem Ausfallen der Vermächtniſſe an dritte Perſonen erſcheint die Anwendung des Falcidiſchen Geſetzes nicht mehr veranlaßt[21]). Der danach noch vorhandene Reſt aber kann jenen Erben als Beſchwerten nicht verbleiben, weil deſſen Erwerb unter den Grundſätzen des Edicts de legatis praestandis ſteht, dieſe aber nur ſolche Zuwendungen geſtatten, welche den bedachten Verwandten verbleiben ſollen (l. 3 § 4 D. de legat. praest. in Anm. 15). Auf der andern Seite erhält der Eingeſetzte als wirklicher Erbe ſeinen Erbtheil nicht von den Miterben, ſondern aus der Erbſchaft. Darum kann der Reſt des erſparten Werths nur an dieſe fallen. Haben nun an der Erbſchaft ſowohl der Teſtamentserbe wie der Notherbe Theil, ſo ergibt ſich, daß jener Reſt dem Einen wie dem Andern zu gut zu kommen hat.

Nach dieſer Auslegung beweiſt l. 5 § 8 cit., wie am Schluſſe von B. bemerkt wurde, daß die eingeſetzten excepti ohne Notherbenberechtigung wahre Erben ſind.

§ 28.

4. Maß der Erhaltung der letztwilligen Zuwendungen *).

I. Das Edict über die Vermächtnißleiſtung gab keine Grenze an, bis zu welcher die Vermächtniſſe an die bevorzugten Perſonen gültig bleiben ſollten. Die einzige Schranke lag demnach im Falcidiſchen Geſetz[1]). Dieſe Schranke war unzureichend: ſie geſtattete eine unbillige Vertheilung des Vermögens, indem unter Umſtänden der Notherbe mittelſt der bon. possessio contra tab. weniger erhielt, als

[20]) Das iſt nach meiner Ueberzeugung der innere Grund des oben bei der vorigen Frage aus der erſten Hälfte der l. 5 § 8 D. cit. abgeleiteten Satzes.

[21]) Vergl. l. 5 § 5 D. de legat. praest. 37. 5.

*) Francke S. 147 f. Mühlenbruch 37 S. 22—27. Schmidt S. 141—144. Leiſt Forſt. III. S. 166—169.

[1]) Ueber deſſen Anwendung l. 5 § 5 vergl. mit § 8. l. 6 D. de legat. praest. 37. 5.

behandelt, demnach mit den dem Pupillen auferlegten zusammengerechnet werden[16]). — In besonderer Anwendung auf die bon. poss. contra tab. bieten die Quellen die folgenden Grundsätze dar.

Abgesehen von dem Einfluß, welchen jene Zusammenrechnung und die Vergleichung mit dem Erbtheil des Pupillen ausübt, gehen die dem Letzteren auferlegten Vermächtnisse auf den Substituten so über, wie sie den Pupillen belasteten[17]). Wurde nun der Pupill durch die Uebergehung eines neben ihm stehenden Notherben zur Erbittung der b. p. contra tab. veranlaßt, so besteht seine Pflicht zur Vermächtnißleistung nur gegenüber den *personae exceptae*[18]). Der Satz aber, daß der Umfang des dem Pupillen zugewendeten Erbtheils maßgebend ist, wird hier dahin ergänzt: ist kraft der Notherbfolge der Erbtheil herabgesetzt oder erhöht, so entscheidet der danach sich ergebende Umfang[19]). Dies versteht sich von selbst, soweit die Notherbfolge zu einer Minderung der Einsetzungsportion führt, da der Beschwerte nicht über das Maß dessen belastet werden kann, was er aus der Erbschaft erhält[20]). Wenn aber den Vermächtnißnehmern auch die Erhöhung der Einsetzungsportion auf den Betrag des gesetzlichen Erbtheils zu gut kommen soll, so ist dies wohl mit Rücksicht darauf zur Anerkennung gelangt, daß auf sie auch jene Herabsetzung zurückwirkt.

Ganz auf den bisher besprochenen Fall bezieht sich aller Wahrscheinlichkeit nach die wegen der Beschaffenheit des Textes sehr zweifelhafte l. 103 § 2 D. de legat. III° (32) von Scävola[21]):

---

[16]) l. 79 D. ad leg. Falc. 35. 2. l. 11 § 5 D. eod. — Zum Bisherigen Windscheid III § 558 a. E. § 559 unter 8. Vergl. auch Brinz Abth. II § 183 a. E.

[17]) l. 11 § 5 cit.

[18]) Ulp. l. 5 pr. D. de legat. praest. 37. 5: — et si quidem ab impubere relicta sunt (sc. legata), solis liberis parentibusque praestanda sunt. So sicher auch der corrumpirte Theil von l. 35 D. de vulg. 28. 6: — ut augeantur (sc. legata) praeterea, quod filius extraneis non debuerit; die Ausgabe von Mommsen ergänzt; — ut augeantur praeter ea [legata quae peti non possunt propterea] quod filius cet.

[19]) Paul. l. 126 D. de legat. I°. (30): — sed si committente aliquo ex liberis edictum praetoris — scriptus quoque filius contra tabulas bonorum possessionem petierit, substitutus ejus legata pro modo patrimonii, quod ad filium pervenit, praestabit, perinde ac si id, quod per bonorum possessionem filius habuit, a patre accipisset. l. 35 cit.

[20]) § 1 J. de sing. reb. 2. 24. l. 114 § 3 in f. D. de legat. I° (30).

[21]) Vergl. auch § 3 eod.

Si filius ex uncia heres institutus sit et ab eo legata data sint, habeat et substitutum, deinde commisso edicto per alium filium accepit partis dimidiae bonorum possessionem: substitutus ejus utrum ex uncia legata praestat an vero ex semisse? et verius est ex semisse (sed ex uncia omnibus, ex reliquis) liberis et parentibus.

Die in Parentheſe geſchloſſenen Worte ſtreichen wir mit Th. Mommſen, da der Text auf alle Fälle verderbt, die angedeutete Aenderung aber die einfachſte Beſeitigung der Schwierigkeit iſt[22]).

Wir gehen über zu den vom Erblaſſer zu Laſten des Subſtituten angeordneten Vermächtniſſen. Hier bleibt entſprechend der obigen Bemerkung (Eingang von B), daß der Subſtitut wie ein Erbe des Vaters behandelt wird, die Notherbfolge ohne Einfluß bei der Beſtimmung der Perſonen, welchen die Vermächtniſſe geleiſtet werden müſſen, der Subſtitut hat allen Vermächtnißnehmern aufzukommen[23]). Für den Umfang der Leiſtungspflicht aber iſt begreiflich auch hier der dem Pupillen wirklich zugekommene, auf dem Wege der bon. poss. contra tab. feſtgeſtellte Betrag des Erbtheils entſcheidend[24]).

§ 30.

E. Die Collation*).

Die Collation ſteht im claſſiſchen Recht mit der bon. poss. contra tabulas und der bon. poss. Unde liberi in Verbindung. Wenn wir ſie bei den Wirkungen der Erſteren beſprechen, ſo iſt ſogleich zu ſagen, in welchem Sinne dies geſchieht. Weder die prätoriſche Notherbfolge noch jene geſetzliche Erbfolge der Deſcendenten erzeugt eine Verpflichtung zur Collation. Aber Letztere ſtellt ſich als eine Bedingung dar, ohne deren Erfüllung der betreffende Erbe nicht zur wirkſamen Ausübung ſeiner Erbberechtigung[1]) gelangt. Indem

[22]) Uebereinſtimmend Leiſt III S. 171 Anm. 80. Wegen früherer Auslegungen und verſuchter Texteſänderungen *Cujac.* ad tit. de legat. III° l. 103 § 2 cit. — X. 1168 f. Francke S. 160—163. Schmidt S. 149 f. Anm. 279.

[23]) Ulp. l. 5 pr. D. de legat. praest. 37. 5. — sin vero a substituto impuberis (sc. legata relicta sunt), omnibus eum praestare oportet —. l. 34 § 2. l. 35 D. de vulg. 28. 6.

[24]) l. 35 D. de vulg. 28. 6. l. 126 pr. D. de legat. I° (30). l. 5 pr. § 1 D. de legat. praest. 37. 5.

*) Fein, Recht der Collation S. 11—196. Schmidt S. 107—125. Leiſt Forſch. III S. 205—238.

[1]) Es darf nicht geſagt werden, daß die Collation Bedingung des Erwerbs

also die b. p. contra tabulas dem Notherben nur unter der Voraussetzung der Collation zur Erbschaft verhilft, begründet sie mittelbar für ihn eine Nöthigung zur Collation.

Uebrigens besteht ein solcher Zusammenhang nur bei den beiden älteren Bildungen der Collation, der Vermögenscollation der Emancipirten und der Collation der Dos Seitens der Haustochter. Auch diese Institute jedoch sollen hier nicht in irgendwelcher Vollständigkeit dargestellt werden. Wir zeichnen sie mit einigen wenigen Grundlinien, theils weil sich anders ein vollständiges Bild der bon. poss. contra tabulas nicht herstellen läßt, theils weil im Voraufgehenden einige Male von der Collation zu reden war.

I. Collation der Emancipirten. Indem der Prätor in der Notherbfolge wie in der ersten Classe der gesetzlichen Erbfolge an die Stelle der sui die liberi setzt, schmälert er die civile Erbberechtigung der sui[2]). Darin würde regelmäßig eine Unbilligkeit gegen die Civilerben liegen, da aller Erwerb derselben bis zum Tode des Erblassers in dessen Vermögen gekommen ist, während für den Emancipirten seit seiner Befreiung von der väterlichen Gewalt die Möglichkeit des Erwerbs eines eignen Vermögens bestanden hat. Mit Rücksicht hierauf macht der Prätor die Gewährung der bonor. possessio davon abhängig, daß der Emancipirte sein Vermögen gegenüber den neben ihm erbenden sui zur Theilung bringt[3]). Wir haben bisher von der Collation der Emancipirten gesprochen; indessen ist das ungenau: die Collationsverbindlichkeit ist ausgedehnt auf alle gewaltfreien Descendenten, welche gleich dem Emancipirten zur Notherbfolge oder zur Intestaterbfolge Unde liberi kommen, z. B. auf die in Adoption gegebenen (eingesetzten) Kinder[4]), auf den in der Gewalt des Großvaters zurückbehaltenen Enkel, der an den Nachlaß seines emancipirten Vaters Erbansprüche erhebt[5]). Anspruch auf

des Erbtheils wäre: l. 3 pr. D. de collat. 37. 6. — Uebrigens wird im Folgenden der Kürze des Ausdrucks wegen mehrfach von einer Collationspflicht gesprochen werden.

[2]) Blos diese Wirkung der beiden genannten Classen der bonor. possessio ist es, die in den Quellen als eine den Civilerben aus der Concurrenz der liberi erwachsende injuria, als ein incommodum bezeichnet wird: l. 1 § 5. l. 10 D. de collat. bon. 37. 6. l. 3 D. de dot. collat. 37. 7. l. 1 § 13 D. de conjung. 37. 8.

[3]) l. 1 pr. D. de collat. 37. 6. Collat. XVI. 7 § 2.

[4]) l. 1 § 14 D. de collat. bon. 37. 6.

[5]) l. 4 D. de conjung. 37. 8. — Collationspflicht des Gewalthabers an

Collation haben nur die sui[6]), — auch ſie nur dann, wenn ſie wirklich durch die Concurrenz des Emancipirten — ich bezeichne mit dem Ausdruck von jetzt ab wieder alle gewaltfreien Notherben — eine Schmälerung ihres Erbtheils erfahren[7]). Daher keine Collation in Fällen, in welchen das Miterben des Emancipirten für den suus erſt die Zulaſſung zur Erbfolge[8]) oder doch eine Steigerung, mindeſtens keine Minderung des Erbtheils begründet[9]), — ſodann auch da, wo der Emancipirte als bonor. possessor nicht mehr erhält, als ihm ſelbſt im Teſtament durch Erbeseinſetzung oder Vermächtniß ausgeſetzt war[10]). Zur Erklärung dieſes letzteren Satzes wird dienen, daß der Emancipirte ſich auch für den Erwerb aus dem Teſtament entſcheiden könnte[11]).

Gegenſtand der Collation iſt, was der Emancipirte beim Tode des Erblaſſers als reines Vermögen beſitzt[12]), und um was er ſein Vermögen argliſtig geſchmälert hat[13]). Von den näheren Beſtimmungen des Satzes iſt hervorzuheben: ausgeſchloſſen bleibt, was die Miterben auch dann nicht beanſpruchen könnten, wenn der Emancipirte Hauskind geblieben wäre: ſo das, was peculium castrense oder quasi castrense ſein würde, wäre der Emancipirte nicht gewalt-

---

Stelle des gewaltuntergebenen Notherben: l. 1 § 14. l. 4 citt. l. 5 pr. D. de dot. collat. 37. 7. l. 6 D. si tabulae 37. 6.

[6]) Daher werden beim Vorhandenſein von mehreren gewaltfreien Erben zu deren Nachtheil Behufs der Collation beſondere Gruppen gebildet, indem je einer von ihnen den erbenden sui gegenübergeſtellt und ſo für die Vertheilung des Vermögens des Erſteren die Bruchtheile ermittelt werden: l. 1 § 24. l. 2 § 5. 7. l. 3 § 2 D. de collat. bon. 37. 6.

[7]) l. 1 § 5. D. eod.

[8]) So beim enterbten suus: l. 20 § 1 D. de b. p. co. tab. 37. 4.

[9]) l. 1 § 4 D. de collat. bon. 37. 6. l. 20 § 1 D. cit.

[10]) l. 1 § 6. 7 D. de collat. bon. 37. 6. Vergl. wegen des hier Bemerkten Schmidt S. 112 Anm. 149. — Demſelben Gedanken entſprechend beſchränkt ſich die Collation auf den einzelnen suus, wenn die dem Emancipirten zugeſtandene Erbberechtigung nur ihn beeinträchtigt. So conferirt z. B. der emancipirte Sohn nur ſeinen Deſcendenten, welche in der Gewalt des Erblaſſers verblieben waren: l. 1 pr. § 13 D. de conjung. 37. 8. l. 1 § 3 l. 9 D. de collat. 37. 6.

[11]) Hier mit Vermeidung der Collationsverbindlichkeit: l. 23 D. si quis omissa 29. 4 verglichen mit l. 5 pr. D. de dot. collat. 37. 7.

[12]) Ulp. 28. 4. l. 2 C. ut si omissam 2. 40. l. 6 C. de collat. 6. 20. Vergl. auch l. 1 § 17 D. eod. 37. 6. Wegen der Ausführung im Einzelnen iſt zu verweiſen auf Fein S. 33—61.

[13]) l. 1 § 23 D. eod.

frei geworden, das dignitatis nomine vom Vater Gegebene oder Versprochene, die für die Ehefrau des Emancipirten bestellte Dos[14]).

Nach dem Edict sollte der Anspruch auf Collation davon abhängen, daß auch der Collationsberechtigte die bon. possessio erbat[15]); später hat man diese Anforderung, deren Erklärung im § 21 (S. 137 f.) unternommen wurde, aufgegeben[16]). Zu genügen ist jenem Anspruch durch Cautionsleistung[17]): zu diesem Ende ließ man ursprünglich nur Bürgen, später auch Pfandbestellung zu[18]). Die Caution geht auf Vollziehung der Collation *boni viri arbitratu*[19]): an diese Clausel knüpft Paulus (l. 2 § 2 D. de collat. bon. 37. 6) den Satz an, daß der Pflichtige zwar für die ihm seit dem Tode des Erblassers zur Last fallende Argliſt oder Verschuldung, nicht aber für Zufall haftet[20]). — Steht der Umfang des zu conferirenden Vermögens von Anfang an unter den Betheiligten fest, so kann dasselbe auch Zwecks der Collation sofort zur Theilung gebracht werden (s. g. Realcollation)[21]). In Anknüpfung hieran bemerkt Ulpian, l. 1 § 12 D. de collat. 37. 6:

> Sed si tantum forte in bonis paternis emancipatus remittat, quantum ex collatione suus habere debet, dicendum est emancipatum satis contulisse videri: idem et si nomen paterni debitoris delegaverit vel fundum remve aliam dederit pro portione bonorum, quae conferre debuit.

Meist hat man auf diese Aeußerung besonderes Gewicht bei der Frage gelegt, ob der Collationspflichtige seiner Verbindlichkeit genügt, indem er den Werth des zu conferirenden Gegenstandes einwirft[22]). Indessen legt die Stelle selbst die Frage nahe, ob nicht Collation

---

[14]) Paul. V. 9. 4. l. 1 § 15 D. de collat. bon. 37. 6; l. 1 § 16 D. eod.; l. 1 § 20. l. 3 § 4 D. eod.

[15]) Spuren des Satzes in l. 1 § 1. 2. 8. l. 10 D. de collat. bon. 37. 6.

[16]) Dies zeigt die l. 10 cit. von Scävola.

[17]) l. 1 § 9 D. eod.

[18]) Paul. V. 9. 4. l. 1 § 9 cit.

[19]) l. 2 § 2. l. 5 § 1 D. de collat. bon. 37. 6. l. 5 § 1 D. de dot. collat. 37. 7.

[20]) Vergl. dazu einerseits Fein S. 98—100. Leist S. 224 f., anderseits Schmidt S. 118 Anm. 164.

[21]) Paul. V. 9. 4. l. 1 § 11 D. de collat. bon. 37. 6.

[22]) Die Litteratur über die Controverse bei Fein S. 301 f.; dazu noch Arndts, civ. Schriften II S. 273 f. Num. 14. Windscheid III § 610 a. E. Leist III S. 466—468.

durch Ueberweisung einzelner Vermögensstücke genügt, — mindestens dann, wenn diese von dem wegen unterbleibender Collation angerufenen Richter als angemessene Abfindung befunden werden[23]). Die Worte Ulpian's sind gewiß dafür, und eine gute Analogie bietet die bisher in dieser Lehre nicht benutzte l. 27 D. de legat. I° (30) von Paulus über die partitio legata[24]).

Erfolgt die Collation nicht, so werden dem Verpflichteten die Klagen seines Erbtheils versagt; dabei ist zu unterscheiden, ob der Grund der Unterlassung Unvermögen des Pflichtigen (inopia) oder mangelnder guter Wille ist (contumacia). Im ersten Fall erhält der Emancipirte Frist; der andern Partei aber werden, abgesehen von unaufschieblichen Verwaltungshandlungen, die Klagen für den betreffenden Erbtheil nur eingeräumt, wenn sie für die bei späterer Beschaffung der Caution zu fordernde Herausgabe des Erbtheils Sicherheit bestellt; thut sie das nicht, so tritt Sequestration ein[25]). Wird die Collation, wäre es auch nur an Einen Miterben, böswillig versagt, so erhält der Collationsberechtigte die erbschaftlichen Klagen (translatio possessionis); auch so bleibt jedoch nachträgliche Collation zulässig[26]).

II. Dotalcollation der Haustochter. An die Vermögenscollation des Emancipirten lehnt sich die gleichfalls dem prätorischen Recht angehörige Verpflichtung der Haustochter zur Collation der Dos an. Die Verpflichtung entsteht, wenn die Dos bei Auflösung der Ehe durch Tod des Mannes oder Scheidung von der Frau zurückgefordert werden kann, indem der Vater vor diesem Zeitpunkt oder doch vor der Zurückgabe der Dos verstorben ist. Hat ein Anderer die Rückgabe zu beanspruchen, so kommt es nicht zur Collation[27]). Berechtigt diese zu verlangen sind nur die sui; erst unter Gordian erging nach mehrfachen Streitig-

---

[23]) Die heutige Theorie läßt eine solche Abfindung nur zu bei Zustimmung des Berechtigten: Fein S. 103—105. Windscheid a. a. O. Anm. 29.

[24]) Potest autem heres vel (in ins. Momms.) paucioribus vel in una re relictam partem legatario dare, *in quam vel legatarius consenserit vel judex aestimaverit*, ne necesse haberet legatarius in omnibus rebus vindicare portionem. Vergl. auch l. 26 § 2 D. eod.

[25]) l. 1 § 13. l. 2 § 9 D. de collat. bon. 37. 6. l. 5 § 1 D. ut legator. 36. 3. l. 11 C. de collat. 6. 20.

[26]) l. 1 § 13 vergl. mit l. 2 § 8. 9 D. eod.

[27]) Ulp. l. 1 § 1 D. de dot. collat. 37. 7: — si vero alii quaesita est stipulatio, dicendum est cessare collationem. —

keiten der Juristen ein kaiserliches Rescript, welches bei der dos profecticia auch den Emancipirten einen Anspruch auf Collation zugestand[28]). Eine Verpflichtung zur Collation trifft nur die sua, — auch diese nur dann, wenn sie den Erblasser im Wege der bon. poss. contra tab. oder Unde liberi beerbt[29]), nicht wenn sie zur testamentarischen Erbfolge kommt[30]). Indessen soll nach einem Rescript von Pius die Erbittung der bon. possessio nicht mehr erforderlich sein; es genügt, wenn die Verpflichtete sich auf Grund ihrer civilen Erbberechtigung in die Erbschaft einmischt[31]).

Wie bei der Collation der Emancipirten fällt der Anspruch im concreten Fall weg, wenn die an sich Verpflichtete den Erbanspruch der sui nicht schmälert[32]). Demnach wird auch diese Collation aus der Erwägung entsprungen sein, daß es unbillig sei, der Haustochter in ihrer Dos einen Vorzug vor den übrigens nicht zu einem gleichen Erwerb befähigten sui zu belassen[33]). Leist (S. 229 f.) bestreitet dies mit Rücksicht darauf, daß die Haustöchter auch gegen einander zur Collation verpflichtet sind[34]). Indessen ist nicht zu erkennen, warum nicht derselbe Gedanke der Unbilligkeit eines auf einer vereinzelten Erwerbsmöglichkeit von der Art des vorliegenden beruhenden Vorzugs auch dazu hätte führen sollen, daß die mehreren suae unter einander eine Ausgleichung zu bewirken haben. Wenn den Emancipirten ein ähnlicher Anspruch gegen einander nicht gewährt ist, so wird dies darauf beruhen, daß es sich hier vorwiegend um Erträge der wirthschaftlichen Thätigkeit handelte: man konnte es nicht wollen, daß die Früchte der Arbeitsamkeit und Geschicklichkeit des einen Kindes zwischen diesem und dem andern minder tüchtigen zur Theilung gebracht würden.

Gegenstand der Collation ist sowohl die profecticische wie die

---

[28]) l. 4 C. de collat. 6. 20. — Für das Recht vor Gordian l. 5 D. de dot. collat. 37. 7. l. 23 D. si quis omissa 29. 4.

[29]) l. 1 § 8 D. de dot. collat. 37. 7. l. 4 C. de collat. 6. 20.

[30]) l. 3 D. de dot. collat. 37. 7. l. 7 C. de collat. 6. 20.

[31]) Ulp. l. 1 pr. D. de dot. collat. 37. 7: — si modo se bonis paternis misceat.

[32]) So wenn die sua im Umfang des ihr durch die Notherbfolge gewährten Erbtheils im Testament bedacht ist: l. 3. l. 5 pr. D. eod. l. 23 D. si quis omissa 29. 4.

[33]) So Schmidt S. 121.

[34]) l. 1 § 4 D. de dot. collat. 37. 7.

adventicische Dos[35]). Im einzelnen Fall stellt sich dieser Gegenstand meist als Forderung der sua gegen den Ehemann oder dessen Erben auf Rückgabe der Dos dar: daher je nach den Umständen statt der Caution Zwecks der Collation Abtretung jenes Anspruchs. Die Quellen behandeln auch den Fall, wo ein Dotalversprechen Inhalt der Dos, die Verbindlichkeit aus demselben aber auf die Miterben der sua übergegangen ist; hier vollzieht sich die Collation durch Gewährung der Schuldbefreiung[36]).

Die Vertheilung des Conferendum erfolgt unter Mitzählung der conferirenden sua; erleidet durch die Pflichtige nur ein einzelner Miterbe Einbuße, so wird wie bei der Emancipirtencollation nur diesem conferirt[37]). Bezüglich der Art, wie die Collation zu erzwingen ist, wiederholen sich die bei der Collation der Emancipirten geltenden Grundsätze[38]). Eine Verpflichtung zur Leistung von Früchten seit Eintritt des Erbfalls wird hier in der Regel nur entstehen können, wenn die Frau in Folge der Auflösung der Ehe in den Besitz des Gegenstands der Dos gelangt ist[39]).

Mit einigen Worten ist hier am Schluß der Lehre von der Collation auf die Frage von deren Erzwingbarkeit zurückzukommen. Daß nach römischem Recht der Anspruch auf Collation nicht allein bei den von uns erörterten älteren Zweigen des Instituts, sondern auch bei der dem neueren Kaiserrecht angehörigen Collation der Descendenten nur auf dem Wege des dargestellten mittelbaren Zwangs Schutz findet, wird nach den überzeugenden Ausführungen Fein's mehr und mehr anerkannt[40]). Indessen ist doch wieder in neuerer Zeit von einzelnen Schriftstellern die Behauptung aufgestellt, es entstehe sofort

[35]) l. 1 § 7 D. de dot. collat. 37. 7. l. 4 C. de collat. 6. 20. Wegen des Textes der zweiten Stelle („profecticiam seu adventiciam dotem a patre datam vel constitutam") vergl. Fein S. 156—158. Schmidt S. 122 Anm. 178.

[36]) l. 1 § 1. 8 D. de dot. collat. 37. 7. l. 2 C. de collat. 6. 20. Einzelnes bei Fein S. 164 ff. Leist S. 234 f.

[37]) l. 1 § 24 D. de collat. bon. 37. 6. l. 1 § 2. 4 D. de dot. collat. 37. 7.

[38]) l. 12. 14. 16 C. de collat. 6. 20. Wegen l. 1 pr. D. de dot. collat. 37. 7. l. 8 C. de collat. 6. 20 vergl. Fein S. 168—172. Ueber die Caution (l. 1 § 7 D. de dot. collat. 37. 7. l. 20 pr. D. fam. ercisc. 10. 2): Schmidt S. 125 Anm. 188. 189.

[39]) Vergl. Fein S. 174. In den Quellen findet sich nur die Aeußerung in l. 5 § 1 D. de dot. collat. 37. 7 vor: von dieser handeln Fein a. a. O. Windscheid III § 610 Anm. 22.

[40]) Fein S. 110—112. S. 167—174. S. 295—298. Vergl. dann Arndts

mit dem Erbschaftserwerb des Pflichtigen ein klagbarer Anspruch auf Collation. Zum Theil beruft man sich dabei auf Aussprüche des römischen Rechts — l. 1. pr. D. de dot. collat. 37. 7 und die l. 19. 20 C. de collat. 6. 20 von Justinian[41]) —, zum Theil stützt man sich auf deutschrechtliche Quellen und die einheimische Praxis[42]). Allein vom Standpunkt des römischen Rechts muß die Frage als erledigt gelten, und daß für die Entstehung einer klagbaren Forderung ein gemeines Gewohnheitsrecht spräche, ist bisher nicht bewiesen. Bei dieser Lage der Lehre möchte es von Nutzen sein, daß man die Gründe in's Klare stellt, um deren willen das römische Recht sich mit jenem indirecten Zwange begnügt hat. In der Litteratur finden sich darüber, soviel mir bekannt, nur wenige Aeußerungen: nahm man doch bis auf Fein allgemein an, die Collation könne im Wege der Erbtheilungsklage oder einer sonstigen Klage (imploratio officii judicis, actio in factum u. s. f.) unmittelbar erzwungen werden. Auch jene Aeußerungen aber scheinen mir die Frage nicht zu erschöpfen[43]).

Der Grund der Beschränkung, welche der Prätor sich und seiner in der Collation gegebenen Schöpfung auferlegt hat, scheint mir theils

Pand. § 530 Anm. 4. Windscheid III § 610 Anm. 25 und die dort citirten Aeußerungen von Schmidt, Brinz und Vangerow.

41) So Sintenis III § 189 Anm. 4. Zimmermann, Arch. f. civ. Prax. 51 S. 422 f. (Die Bemerkungen dieses Schriftstellers auf S. 410 gehen auf den Fall, wo der Vorempfang des Pflichtigen für sich allein mehr beträgt, als sein Erbtheil.)

42) So neuestens ausführlich Leist, Forts. III S. 451—465.

43) Brinz hebt hervor (Abth. II § 172 unter 1), die Collationspflicht stelle sich nach den Quellen als ein Modus des Erbschaftserwerbs (im Gegensatz der Bedingung) dar: aus diesem Modus aber entspringe für den Berechtigten weder nach allgemeinen Grundsätzen noch in Folge besonderer Aufstellung eine Klage auf Erfüllung. Allein wenn auch die dafür angeführte l. 3 pr. D. de collat. bon. 37. 6 jenem Gedanken Nahrung gibt, so bleibt doch die uns interessirende Frage stehen: warum kam es nicht zur Aufstellung einer Klage? — Nach Leist (Forts. III S. 450 f.) läge der Grund des römischen Satzes in der civilistischen Gewissenhaftigkeit der Römer. Da das Conferendum nicht zum Nachlaß gehöre, könne man auch nicht in dem auf den Nachlaß gerichteten Erbtheilungsverfahren direct die Theilung eines Conferendum verlangen. Es fehle ein Mittelglied: in Folge des aus der Erbantretung hervorgehenden Rechtsanspruchs müsse erst die Begründung eines individuellen Rechtsverhältnisses auf Einwerfung vorgenommen werden. Man fordere die stipulatio collationis; mit deren Bestellung empfange der Collationsberechtigte eine specialisirte Klage. — Damit ist nur etwa gezeigt, warum die Erbtheilungsklage nicht stattfindet; hat sich denn aber der Prätor darauf beschränkt, mit den Klaggebilden des Civilrechts Haus zu halten?

darin zu liegen, daß dem bei der Collation vorhandenen rechtlichen Bedürfniß mittelſt der oben beſchriebenen indirecten Nöthigung des Pflichtigen vollauf genügt wird, theils darin, daß es (auch de lege ferenda) an einem ausreichenden Thatbeſtande fehlt, auf den man eine klagbare Obligation gründen könnte.

1. Der Anſpruch auf Collation knüpft bei allen Anwendungen des Inſtituts an die Thatſache an, daß neben dem Berechtigten die andere, auf Collation anzuſprechende Perſon zur Erbfolge kommt, damit den Erbtheil des Erſteren ſchmälert. Eben weil der Andre als Miterbe auftritt, wird es als Anforderung des billigen Rechts behandelt (je nach den einzelnen Anwendungen der Collation bald aus dem einen, bald aus dem andern Grunde), daß derſelbe ſein Vermögen oder doch beſtimmte Vermögensſtücke zur Theilung einwerfe. Um dieſer Natur der mit dem Collationsanſpruche zu verfolgenden *Beſchwerde* willen erſcheint es ausreichend, wenn dem Pflichtigen bei ausbleibender Collation ſein Erbtheil vorenthalten, wenn dieſer Erbtheil äußerſten Falls völlig auf den Berechtigten übertragen wird. Das iſt der Weg, den das römiſche Recht eingeſchlagen hat.

2. *Als verpflichtende Thatſache* ſtellt ſich auf Seiten des Collationspflichtigen nur deſſen Erbſchaftserwerb dar. Hier iſt vornehmlich die Erwerbshandlung des heres voluntarius zu betrachten: ſie iſt noch immer inhaltvoller als das Sicheinmiſchen des nothwendigen Erben[44]). Erſterer erklärt an ſich nur den Willen, *die Erbſchaft zu erwerben*, die Willensrichtung auf Leiſtung der Collation wird oft genug fehlen. Und immer erfolgt jene Erklärung durch eine *einſeitige Handlung* des Erben. Nun könnte man ſich zwar zur Begründung des Verlangens, daß auf dieſe Handlung eine klagbare Verbindlichkeit zur Collation gegründet werde, darauf berufen, daß der Erbe auf demſelben Wege in die Erbſchaftsſchulden eintritt und die Verpflichtung zur Leiſtung der Vermächtniſſe überkommt. Allein dabei beſteht ein weſentlicher Unterſchied. Naturgemäß müſſen im Erbrecht einſeitige Handlungen in weiter Ausdehnung wirkſam ſein: nicht allein das Ausſchlagen der Erwerbungen, ſondern auch der Rechtserwerb wie die Uebernahme von Verbindlichkeiten vollzieht ſich auf dieſem Wege[45]). Allein dazu beſteht doch nur inſoweit ein Be-

[44]) So lange man bei den älteren Zweigen der Collation die Agnition der bonor. possessio Seitens des Berechtigten forderte, lag auch beim suus ſtets eine Erwerbshandlung vor.

[45]) Grade ſo ſind im römiſchen Recht alle rechtlich wirkſamen Willenserklärungen des Erblaſſers einſeitige Handlungen.

dürfniß, als das Schickſal des erbſchaftlichen Vermögens in Frage ſteht. Von dieſem ſind Beſtandtheile die Nachlaßſchulden[46]), in der Regel auch die vermachten Gegenſtände, und wo Sachen des Erben oder eines Dritten vermacht ſind, liegt im Grunde ein Austauſchen des fortzugebenden Werths gegen den entſprechenden Werth der Erbſchaft vor. Nicht ſo ſteht es bei der Collation. Sie belaſtet nothwendig und ausſchließlich das eigne Vermögen des Erben, und wenn auch deſſen Erbewerden die Entſtehung der Collationspflicht veranlaßt, ſo bewahrt ſich doch das Conferendum nach der Auffaſſung der Quellen die Bedeutung eines ſelbſtändig neben der Erbſchaft ſtehenden Erwerbs[47]).

Begegnet uns hiernach in der Collation weſentlich die Uebernahme einer Verbindlichkeit Seitens des Erben gegenüber dem Miterben zu einer Aufopferung aus dem eignen Vermögen, ſo muß anerkannt werden, daß dieſe Verbindlichkeit in das Gebiet des Rechtsverkehrs unter Lebenden übertritt. Auf dieſem Gebiet aber läßt das Recht die einſeitige, nicht rechtswidrige Handlung nur in ſeltenen Fällen zur Begründung einer Verbindlichkeit des Handelnden ausreichen. Es iſt daher durchaus in der Ordnung, wenn ſich hier das römiſche Recht bei der Behandlung der Collation auf den Boden der Regel geſtellt, darum die Entſtehung einer klagbaren Obligation verneint hat. Dem Anſpruch auf Collation ſoll nur eine Beſchränkung des Erbſchaftserwerbs des Pflichtigen entſprechen: Letzterer wird mittelbar, durch die drohende Entziehung des Erbtheils, zur Beſchaffung der Collation angehalten.

Das hier vom heres voluntarius Geſagte gilt in noch ſtärkerem Maße vom nothwendigen Erben: indem dieſer ſich in die Erbſchaft einmiſcht[48]), gibt er nur den Willen zu erkennen, daß er das ohne Weiteres erworbene Vermögen behalte.

---

[46]) Wenn dieſe den Erben über den Vermögensbeſtand hinaus verpflichten, ſo iſt der Grund, daß ſie fortan ſeine Verbindlichkeiten ſind.

[47]) Ulp. l. 1 § 14 D. de conjung. 37. 8: — nec quod nepotibus confertur a patruo emancipato, ipsi patri conferent: *hoc enim non de bonis avi, sed propter bona postea eis accessit.*

[48]) Vergl. Ulp. l. 1 pr. D. de dot. collat. 37. 7: Quamquam ita demum ad collationem dotis praetor cogat filiam, si petat bonorum possessionem, attamen etsi non petat conferre debebit, si modo se bonis paternis misceat. — Vergl. l. 9 D. eod.

Dritter Theil: Aenderungen des formellen Notherbenrechts durch Juſtinian, vor der Novelle 115*).

§ 31.

Die auf das formelle Notherbenrecht bezüglichen Neuerungen Juſtinian's, ſoweit ſie vor der Nov. 115 liegen, beſchränken ſich auf l. 3 und l. 4 C. de lib. praet. 6. 28.

1. Im Eingang der *l. 3 C. cit.* knüpft der Kaiſer an eine einzelne Enterbungsformel an: die Wendung „ille filius meus alienus meae substantiae fiat" ſoll künftig als Ausdruck nicht der Uebergehung, ſondern der Enterbung gelten. Allein indem das Geſetz hinzufügt:

cum enim manifestissimus est sensus testatoris, verborum interpretatio nusquam tantum valeat, ut melior sensu existat,

verleiht er ſeiner Verfügung einen über jene einzelne Formel hinausreichenden Inhalt. Danach iſt in l. 3 C. cit. die Beſtimmung zu finden, daß irgend eine Formel für die Erklärung des Enterbungswillens nicht mehr verlangt werden ſoll[1]).

2. Weiter reichen die mit *l. 4 C. eod.* begründeten Veränderungen.

Zunächſt werden dem ſchon zur Zeit der Teſtamentserrichtung lebenden Sohne alle lebenden Notherben (Töchter — entferntere Deſcendenten) gleichgeſtellt. Dies gilt vorerſt in Anſehung der Enterbungsform, indem jetzt durchweg namentliche Enterbung verlangt wird. Das Nämliche wird aber ausgeſprochen bezüglich der Wirkungen der Uebergehung. Dieſe ſollen jetzt überall die gleichen ſein: bei allen civilen Notherben Nichtigkeit des Teſtaments, bei prätoriſchen Notherben die bonor. poss. contra tab. im ganzen Umfange des letzten Willens[2]). Damit iſt zwar der Gegenſatz des

*) Schmidt S. 153—156. Köppen, Syſt. I S. 142—147.

[1]) Vergl. Francke S. 59 f.

[2]) l. 4 § 1 C. cit. Vergl. dazu § 5 J. de exher. lib. 2. 13.

civilen und des prätoriſchen formellen Notherbenrechts feſtgehalten, aber das beſondere Recht der Accrescenzerben iſt aufgehoben.

Streitig iſt, ob der im claſſiſchen Recht vorliegende Unterſchied in Anſehung der bedingten Erbeseinſetzung noch beſteht. Nach jenem Recht war nur beim Hausſohn Einſetzung unter andrer als poteſtativer Bedingung unzuläſſig; Accrescenzerben durften unter beliebiger Bedingung eingeſetzt werden. Ob dieſer Unterſchied fernerhin beſtehen ſoll, wird nicht ausdrücklich in l. 4 C. cit. geſagt, indeſſen iſt er im Geiſte des Geſetzes als beſeitigt anzuſehen. Offenbar hat die l. 4 C. cit. die Aufgabe, die rechtlichen Unterſchiede zwiſchen den einzelnen Claſſen der Notherben, damit die Zurückſetzung des weiblichen Geſchlechts und der entfernteren Deſcendenten, zu beſeitigen[3]).

Auch die für die Poſtumi beſtehenden beſonderen Vorſchriften ſollen jetzt wegfallen: es wird durchweg, ohne Unterſchied des Geſchlechts, namentliche Enterbung gefordert.

3. In Anknüpfung an die Frage, wie ſich die Nov. 115 zum formellen Notherbenrecht der claſſiſchen Zeit verhält, hat Francke[4]) die ſchon früher von einzelnen Schriftſtellern ausgeſprochene Anſicht vertheidigt, die Geltung des Letzteren ſei durch Juſtinian's l. 30 C. de inoff. test. 3. 28 weſentlich eingeſchränkt worden. In allen Fällen nämlich, wo der Erblaſſer dem Notherben etwas hinterlaſſen hatte, habe es nicht mehr zu einer Ungültigkeit des ganzen Teſtaments, ſei es nach Civilrecht, ſei es nach prätoriſchem Recht, kommen können, vielmehr ſei hier nur noch die Ergänzungsklage der l. 30 C. cit. zur Anwendung gekommen. Francke ſelbſt hat die erheblichen Bedenken, welche dieſer ſeiner Auffaſſung entgegenſtehen, erkannt und eingehend erörtert[5]): daß es ihm gelungen wäre, ſie zu beſeitigen, iſt nicht zuzugeben. Nicht allein wird in den Inſtitutionen (tit. I. de inofficioso testamento 2. 18) die Ergänzungsklage lediglich als Einſchränkung der Querel behandelt, das formelle Notherbenrecht dagegen unverändert dargeſtellt (tit. Inst. de exheredatione liberorum 2. 13):

[3]) Vergl. namentlich § 5 J. cit.: — nostra vero constitutio — simplex et simile jus et in filiis et in filiabus et in ceteris descendentibus per virilem sexum personis — introduxit cet. Vergl. Arndts II S. 563 f. Vangerow II § 469 unter A. 4. Beide widerlegen die Gründe der entgegengeſetzten, namentlich von Mühlenbruch 37 S. 215 f. vertheidigten Anſicht.

[4]) Recht der Notherben S. 341—348. S. 362—365. Uebereinſtimmend Köppen Syſt. I S. 142. 145.

[5]) A. a. O. S. 344—348.

die oben beſprochene l. 4 C. de lib. praet. 6. 28, eine Conſtitution, welche der Kaiſer drei Jahre nach *l. 30 C. cit.* ergehen ließ, zeigt auch im Principium wie im § 2, daß dem formellen Notherbenrecht auch bei Bedenkung des Notherben mit einem Vermächtniß die frühere Geltung verblieben war. Was im Inhalt der l. 30 C. cit. der Meinung von Francke eine Stütze zu bieten ſcheint, iſt lediglich die im Principium zweimal vorkommende Wendung, das Geſetz ſolle für die Fälle Abhülfe ſchaffen, „in quibus de inofficiosis defunctorum testamentis *vel alio modo subvertendis* moveri solebat actio.“ Allein das „vel alio modo subvertendis“ läßt ſich auf das patronatiſche Pflichttheilsrecht beziehen.

Bei der Darſtellung des Rechts der Novelle 115 iſt auf dieſen Streit zurückzukommen[6]).

---

[6]) Vergl. darüber Vangerow II § 486 Anm. unter III. 3. A. Schmidt S. 154—156 in Anm. 5.

Abſchnitt II.

Das Pflichttheilsrecht.

Vorbemerkungen.

§ 32.

I. Das formelle Notherbenrecht begründete, wie ſchon im Eingang von § 2 hervorgehoben wurde, nur eine formelle Beſchränkung des teſtirenden Aſcendenten. Dieſer konnte, ſofern er nur die Exheredationsformen beobachtete, die Kinder willkürlich von der Erbfolge ausſchließen, und ſelbſt wenn er ſie zu Erben einſetzte, hatte er rückſichtlich des Maßes der Zuwendung freie Hand, er konnte den honor institutionis zu einer inhaltloſen Erweiſung einer äußeren Rückſicht machen. Ein ſolches liebloſes Verfahren fand kein hinreichendes Gegengewicht an der ſittlichen Verurtheilung der Mitbürger. Denn einmal konnte der Erblaſſer durch Wahl der früh in Uebung gekommenen ſchriftlichen Form des Teſtaments verhindern, daß ſein letzter Wille vor ſeinem Tode bekannt wurde. Und ſodann reichte auch das ſittliche Gebot thatkräftiger Verwandtenliebe nicht mehr aus, ſeit mit der Umwandlung Rom's aus einer Stadtgemeinde in ein umfaſſendes Weltreich die einfachen Sitten der alten Zeit geſchwunden waren. Jetzt bedurfte es eines Rechtsinſtituts, welches den Vater nöthigte, wenn er teſtirte, ſeinem Kinde wenigſtens einen beſtimmten Bruchtheil des Vermögens zuzuwenden; eine Ausnahme war nur zuzugeſtehen, wo ein gerechter Grund zur Ausſchließung beſtand.

Dieſes Bedürfniß hat die in der letzten Zeit der Republik oder doch mindeſtens im Anfang der Kaiſerzeit in der Praxis des Centumviralgerichts entſtandene querella inofficiosi testamenti in's Leben gerufen. Mit der Klage wird die richterliche Vernichtung des Teſtaments im Umfang des geſetzlichen Erbtheils des Notherben erzielt, wenn das Teſtament dieſem Erben den ihm vom Recht zugeſicherten Theil des Vermögens — den Pflichttheil — lieblos vorenthält: damit kommt es zur geſetzlichen Erbfolge. — Uebrigens bietet das materielle

Notherbenrecht ſeine Hülfe nicht allein den Deſcendenten, welche (civiles oder prätoriſches) formelles Notherbenrecht haben, es gibt auch ein Pflichttheilsrecht gegenüber dem Teſtament der Mutter, den mütterlichen Aſcendenten und der väterlichen Großmutter, und ebenſo nehmen an dieſer Erbberechtigung die Aſcendenten und die Geſchwiſter Theil.

Bis auf Juſtinian hat die Querel die einzige Rechtshülfe gebildet, welche das materielle Notherbenrecht dem durch letztwillige Verfügung verletzten Erben an die Hand gab; auch dann beſtand nur der eine Weg der Umſtoßung des Teſtaments, wenn dem Notherben zwar etwas, aber nicht der volle Pflichttheil zugewendet war. Erſt Juſtinian hat die Querel in Fällen einer blos unzureichenden Bedenkung ausgeſchloſſen und andere Formen geſchaffen, die zwar dem Notherben den Pflichttheil ohne Verkürzung gewähren, im Uebrigen aber dem Teſtament ſeine Geltung belaſſen.

II. Es iſt hier von Neuem in beſonderer Anwendung auf das Pflichttheilsrecht die Frage aufzuwerfen, welche im § 1 allgemein für alles Notherbenrecht beantwortet wurde: entſpricht dem materiellen Notherbenrecht ein eigenthümliches ſubjectives Recht? Wir ſehen an gegenwärtiger Stelle ab von einer Unterſuchung über die Natur der Querel: in dieſer Beziehung genügt vorerſt die Bemerkung, daß die Klage einen Anſpruch im Sinne einer civilen Wiedereinſetzung in den vorigen Stand gegen die Thatſache der Vererbung des Vermögens auf der Grundlage des Teſtaments darſtellt. Näher iſt hierauf erſt unten bei Darſtellung des Rechts der Querel einzugehen. Unſre Frage iſt demnach die, ob im Anſpruch auf den Pflichttheil eine eigenthümliche Erbberechtigung enthalten iſt[1]). Hier aber iſt Eins ſofort klar: ſoll nach claſſiſchem Recht ein ſolches eigenthümliches

[1]) Die bejahende Anſicht iſt ſo verbreitet, daß es kaum eines Nachweiſes derſelben bedarf. Vergl. z. B. Francke S. 175: „Wird aber gleich bei Jedem, „der die inofficiosi querela anſtellen will, Inteſtaterbrecht vorausgeſetzt, ſo folgt „doch keineswegs aus einem Inteſtaterbrecht ein Pflichttheilsrecht. Denn „dieſes iſt ein neues, vorzügliches Recht, das nur beſonders begünſtigten Inteſtat„erben beigelegt iſt.“ — Schmidt, Pflichtth.-R. des Patrons S. 71 f. Num. IV: „Jedes Pflichttheilsrecht iſt ein Recht auf einen Theil von Jemandes Nachlaß: „daher nur zu gewähren durch Zuwendung aus dieſem Nachlaß. Es iſt ferner „ein materielles Recht: daher die Form gleichgültig, in welcher dieſe Zuwen„dung letztwillig erfolgt.“ — Vergl. dann Köppen, Syſt. d. heut. röm. Erbrechts im Grundriß §§ 80—82.

ſubjectives Recht beſtehen, ſo kann dies nur ein Recht gegen den Erblaſſer ſein. Denn von deſſen Tode ab läßt ſich, ſobald der Pflichttheil nicht gewährt iſt, lediglich von der Möglichkeit der Querel reden, bei dieſer aber iſt nur zweierlei gegeben. Zunächſt der civile Anſpruch auf Reſtitution gegen die Thatſache teſtamentariſcher Vererbung des Nachlaſſes, — alſo das, was wir oben als den Inhalt der Querel bezeichneten. An zweiter Stelle begegnet die vom Notherben in Anſpruch zu nehmende geſetzliche Erbberechtigung, die nach erfolgter Beſeitigung des Teſtaments deferirt wird. Jenes ſubjective Recht gegen den Erblaſſer iſt dagegen aus demſelben Grunde zu leugnen, aus dem ich im § 1 allgemein die Annahme einer eigenthümlichen Erbberechtigung des Notherben beſtritten habe. Begrifflich beſteht für den lebenden Erblaſſer nur eine Beſchränkung von deſſen Teſtirfreiheit: dieſe hat beim Pflichttheilsrecht den beſonderen Inhalt, daß dem Notherben der Pflichttheil zugewendet werden muß.

Für das Juſtinianiſche Recht iſt ohne Weiteres die gleiche Antwort zu ertheilen, wenn dem Notherben gar nichts gewährt iſt. Hat ihm dagegen der Erblaſſer eine Zuwendung gemacht, die nur nicht dem vollen Pflichttheil entſpricht, iſt alſo zur Ergänzungsklage zu greifen, ſo läßt ſich dem Erblaſſer gegenüber von einem ſubjectiven Recht ſo wenig reden wie im vorigen Fall: gegenüber dem Teſtamentserben aber iſt ein einfacher perſönlicher Anſpruch, als Inhalt jener Klage, gegeben.

III. Neben der im Folgenden zu entwickelnden Pflichttheilsberechtigung der Verwandten bieten uns die Quellen eine Pflichttheilsberechtigung des Patrons dar; dieſer nachgebildet aber iſt die gleiche Berechtigung des Parens Manumiſſor. Eine ſelbſtändige Darſtellung dieſer Inſtitute[2]) wird von uns nicht unternommen, da Beide an ſich der Geſchichte angehören. Dagegen ſind die in Anſehung dieſer Berechtigungen, zumal der erſten, von den Römern ausgebildeten Rechtsſätze vielfach zur Ergänzung des vorhandenen Materials der Quellen über die Querel zu benutzen. Mit Rückſicht darauf wird hier ein Abriß der geſchichtlichen Entwicklung Beider eingefügt als Grundlage für die ſpäteren Erörterungen über einzelne Rechtsſätze.

A. Die Ausbildung einer Pflichttheilsberechtigung des Patrons

[2]) Eine vollendete Behandlung haben dieſelben in unſrer Zeit erfahren in der Schrift von Ad. Schmidt, das Pflichttheilsrecht des Patrons und des Parens Manumiſſor (1868). Auf dieſe ſtützt ſich der hier folgende kurze Abriß.

durch den Prätor, in der bonor. poss. contra tab. gegenüber dem Teſtament des Freigelaſſenen, ſteht im Zuſammenhang mit der Einſchränkung der bei der Freilaſſung vom bisherigen Sclaven abzugebenden Verſprechen ad onerandam libertatem. Nachdem ſchon der Prätor Rutilius erklärt hatte, — wohl 636 — er werde nur eine Klage ertheilen aus dem Verſprechen von Dienſten (operarum actio) und aus der auf den Fall des Ungehorſams wie der Undankbarkeit zugeſagten Societät rückſichtlich des Vermögens des Freigelaſſenen (societatis actio), edicirte man ſpäter — zwiſchen 636 und 680 a. u. —, daß nur eine operarum actio ſtattfinden ſollte[3]). Eben mit Rückſicht auf dieſe Einſchränkung der bisherigen Rechte des Patrons aus Zuſagen unter Lebenden ſowie in Anlehnung an die zur Erweiterung der geſetzlichen Erbberechtigung des Patrons aufgeſtellte bon. poss. dimidiae partis contra suos non naturales verpflichtete der Prätor den Freigelaſſenen, der nicht von leiblichen Kindern (liberi naturales) beerbt wurde, dem Patron mindeſtens die Hälfte ſeines Vermögens im Teſtament zu hinterlaſſen. War dieſer Anforderung nicht entſprochen, ſo erhielt der Patron die erwähnte bon. poss. contra tabulas auf die Hälfte[4]).

Das prätoriſche Inſtitut trug urſprünglich eine doppelte Beſchränkung an ſich. Die eine iſt zum Theil ſchon erwähnt. Das Teſtament ſchloß den Patron gültig aus, wenn in ihm (zu irgendwelchem Theil) die liberi des Freigelaſſenen zu Erben eingeſetzt waren. Die liberta aber unterlag dem Pflichttheilsrecht überhaupt nicht; bei ihr fand der Patron eine ausreichende Sicherheit in der ihm zuſtehenden geſetzlichen Tutel, welche jede letztwillige Verfügung der Freigelaſſenen von ſeiner Zuſtimmung abhängig machte[5]). — Die andere Schranke betrifft die Perſon des Berechtigten. Am urſprünglichen Pflichttheilsrecht hatte die Patronin nicht Theil; von den Deſcendenten des Patrons aber gelangten dazu nur die männlichen, durch Männer abſtammenden, nicht die weiblichen oder durch Frauen mit dem Patron verbundenen Deſcendenten[6]). Auf beiden Punkten iſt

[3]) l. 1 § 1 D. de bon. libert. 38. 2. l. 2 pr. § 1 D. de op. libert. 38. 1. Schmidt S. 5 f. S. 8—10.

[4]) Gaj. III. 41. Ulp. 29. 1. § 1 J. de success. libert. 3. 7. l. 1 § 2 D. de bon. libert. 38. 2.

[5]) Gaj. III 43. Ulp. 29. 2. Schmidt S. 12 f. verbunden mit S. 6.

[6]) Gaj. III 45. Ulp. 29. 4—6. Schmidt S. 13 f.

die ſpätere, in der lex Papia Poppaea wurzelnde Entwicklung über die urſprünglichen Schranken hinausgegangen. Zunächſt ſollen hier die Beſtimmungen des genannten Geſetzes, ſodann die auf ſpäterer Geſetzgebung beruhenden Veränderungen des Pflichttheilsrechts beſprochen werden.

1. Während urſprünglich die patronatiſche Pflichttheilsberechtigung durch die zur Erbfolge gelangenden liberi naturales des Freigelaſſenen ausgeſchloſſen wurde, machte die lex Papia Poppaea eine Ausnahme bei dem Freigelaſſenen, deſſen Nachlaß mindeſtens 100,000 Seſtertien betrug, — dem libertus centenarius. Wenn ein ſolcher weniger als drei Kinder hinterließ, ſo ſollte dem Patron ſowie ſeiner männlichen, durch Männer mit ihm verbundenen Deſcendenz eine bon. poss. contra tab. auf einen Kopftheil (virilis pars) zuſtehen[7]). — Die Freigelaſſene (liberta) wurde jetzt durch das jus quatuor liberorum von der geſetzlichen Vormundſchaft frei, erlangte damit die Möglichkeit freier letztwilliger Verfügung. Dem entſprechend erhielt nun gegen deren Teſtament der Patron und deſſen beſchriebene Deſcendenz eine bon. poss. contra tab. auf einen Kopftheil[8]).

Der Patronin — der freigebornen mit zwei, der freigelaſſenen mit drei Kindern — gewährte das Geſetz das auf dem Edict beruhende Pflichttheilsrecht des Patrons[9]). Die freigeborne Patronin mit drei Kindern erhielt auch den vom Geſetz dem Patron gegen den Nachlaß der libertus centenarius verliehenen Erbanſpruch[10]).

Nach demſelben Geſetz ſoll die Patronin, welche das jus liberorum hat, gegen den Nachlaß einer liberta, wenn in dieſen leibliche Kinder der Erblaſſerin nicht ſuccediren, die dem Patron durch das Edict gewährte bon. poss. contra tabulas erhalten[11]). — Auch die Nachkommen der Patronin ſowie die leibliche Deſcendenz des Patrons erhalten nun Pflichttheilsberechtigung, und zwar werden die Letzteren nach dem Vorbild des Patrons, die Erſteren nach dem der Patronin behandelt[12]).

---

[7]) Gaj. III 42. 45. § 2 I. de success. libert. 3. 7.
[8]) Ulp. 29. 3. 4. Gaj. III 44. 45. Schmidt S. 15—17.
[9]) Gaj. III 50. Ulp. 29. 6.
[10]) Gaj. III 50.
[11]) Gaj. III 52.
[12]) Vergl. das Einzelne bei Schmidt S. 18—23.

2. An Veränderungen, die ſich auf die ſpätere Kaiſergeſetzgebung gründen, ſind dieſe hervorzuheben.

Mit dem Wegfall der geſetzlichen Tutel des Patrons in ſpäter Kaiſerzeit mußte die Pflichttheilsberechtigung gegenüber der liberta eine allgemeine werden. — Ebenſo fiel in den unter 1 (bei Anm. 9—12) angedeuteten Fällen die Bedingung des jus liberorum weg, ſeit mit Conſtantin die Nachtheile des Cölibats und der Kinderloſigkeit beſeitigt wurden [13]).

Umgekehrt wurde die Pflichttheilsberechtigung gegenüber dem Nachlaß der liberta beſchränkt durch das SC. Orphitianum (178 n. Chr.). Dieſes gewährte den Kindern erſten Grades eine geſetzliche Erbberechtigung gegenüber dem Nachlaß der liberta, augenſcheinlich neben der gleichen Berechtigung des Patrons. Dadurch mußte auch der Pflichttheil des Letzteren etwas an ſeinem bisherigen Umfange einbüßen [14]).

Für die Erbberechtigung der Kinder des Patrons traten Beſchränkungen ein zufolge eines Geſetzes von Valentinian III. [15]). Juſtinian aber hat die Erbfolge in den Nachlaß Freigelaſſener durch ein nur in Bruchſtücken und Auszügen auf uns gekommenes Geſetz — vergl. l. 4 C. de bon. libert. 38. 2 — neu geordnet. Danach beſteht Pflichttheilsberechtigung nur bei Erbſchaften ſolcher Freigelaſſener, welche 100 aurei oder mehr im Vermögen haben. Der Patron, die Patronin und ihre Deſcendenz bis zum fünften Grade, unter Ausſchluß jedoch der Adoptivkinder, haben den Pflichttheil zu fordern, wenn der Freigelaſſene nicht durch Deſcendenten beerbt wird. Zu Letzteren werden auch die in der Sclaverei gebornen und nach den Eltern freigelaſſenen Kinder gezählt, nicht dagegen die Adoptivkinder. Die Höhe des Pflichttheils beläuft ſich nicht mehr auf die Hälfte des Nachlaſſes, ſondern auf ein Drittel [16]).

Ein Unterſchied des Geſchlechts beſteht bei dieſer Pflichttheilsberechtigung nicht mehr [17]).

B. Dem *parens manumissor* gewährt das prätoriſche Edict eine der patronatiſchen Pflichttheilsberechtigung nachgebildete bon. poss.

[13]) l. 1 C. Th. de infirm. poen. coelib. 8. 16. l. 1. 2 C. J. eod. 8. 58.
[14]) l. 1 pr. § 9 D. ad SC. Tertull. 38. 17.
[15]) Nov. Valentin. III tit. 24 (Haen. col. 205—209).
[16]) l. 4 § 9—14. 15. 22 C. de bon. libert. 6. 4. § 3 J. de success libert. 3. 7.
[17]) Ueber das unter 2 Geſagte Näheres bei Schmidt S. 24—31.

contra tabulas[18]). Vorausſetzung iſt, daß der Aſcendent nach Aufhebung der väterlichen Gewalt durch Mancipation — beim Sohn dreimalige Mancipation — die manumissio ſelbſt vornimmt; zu dem Ende muß bei der Mancipation die Remancipation durch pactum fiduciae ausbedungen werden. Erſt Juſtinian, der die Emancipationsform ändert, beſeitigt dies: es ſoll fortan ſtets ſo angeſehen werden, als wäre eine Emancipation contracta fiducia erfolgt[19]). Das Edict nennt als zur contra tab. b. p. berechtigten Manumiſſor den Vater, den väterlichen Großvater und den Vater des väterlichen Großvaters[20]). Der extraneus manumissor hat an dieſem Pflichttheilsrecht nicht Theil: ſo auch nicht der Adoptivvater, der das Adoptivkind wieder aus der Gewalt entlaſſen hat, damit lediglich in die Stellung eines extraneus manumissor eingetreten iſt[21]).

Der Pflichttheil betrug ohne Zweifel von Anfang an die Hälfte des Nachlaſſes, er ſteigerte ſich jedoch zum Betrage des ganzen Vermögens, wenn der Emancipirte eine beſcholtene Perſon zum Erben eingeſetzt hatte[22]). Juſtinian hat den regelmäßigen Betrag auf ein Drittel der Erbſchaft gemindert; die genannte Ausnahme iſt dagegen ſtehen geblieben[23]).

Grundlage dieſer Pflichttheilsberechtigung iſt der geſetzliche Erbanſpruch des emancipirenden Aſcendenten. Urſprünglich ſteht Letzterer hinter den sui des Emancipirten, das Edict ſetzt an deren Stelle die liberi[24]). Die Annahme von Schmidt, daß die dem Patron gewährte bon. possessio auf die Hälfte gegen die sui non naturales dem Quaſipatron verſagt blieb, daß daher adoptirte Kinder des eman-

[18]) Davon handelt Dig. 37. 12 si a parente quis manumissus sit. Vergl. dann Schmidt, Pflichttheilsrecht S. 125 ff.

[19]) § 8 J. de legit. agnat. tut. 3. 2. § 5 J. de bon. poss. 3. 9. l. 4 § 25 C. de bon. libert. 6. 4. Vergl. dann § 6 J. quib. mod. jus potest. 1. 12. l. 6 C. de emanc. 8. 49.

[20]) l. 1 pr. § 1 D. si a parente 37. 12. Vergl. l. 5 § 2 D. ad SC. Tertull. 38. 17.

[21]) Ulp. l. 2 § 15 D. ad SC. Tertull. 38. 17: — sed nec ad bonorum possessionem contra tabulas eum admitti, cum pater esse desierit. Vergl. Gaj. II. 136. § 4 J. de exher. lib. 2. 13. § 10. 11 J. de her. quae ab int. 3. 1. l. 4 D. si tabulae 38. 6. Schmidt a. a. O. S. 133 Anm. 22. S. 144. Kuntze, Curſus § 904. Anders mit Unrecht Mühlenbruch 35 S. 223 z. A.

[22]) l. 3 pr. D. si a parente 37. 12.

[23]) § 3 J. de success. libert. 3. 7. l. 4 § 15 C. de bon. libert. 6. 4.

[24]) Ulp. 26. 8. l. 10 D. de suis 38. 16. l. 2 § 15 D. ad SC. Tertull. 38. 17.

cipirten Sohns einen Vorzug hatten[25]), iſt eine ſehr wahrſcheinliche. In der Kaiſerzeit vollzieht ſich dann eine fortſchreitende Schmälerung dieſer geſetzlichen Erbberechtigung; dem entſprechend wird der Pflichttheilsanſpruch zurückgedrängt. Vermindert erſcheint jene geſetzliche Berechtigung vor der Nov. 118 zunächſt im Verhältniß zur Mutter des Erblaſſers nach dem SC. Tertullianum[26]), — ſodann beim Nachlaß der emancipirten Tochter im Verhältniß zu deren Kindern nach dem SC. Orphitianum und einer ergänzenden Conſtitution von Gratian, Valentinian und Theodoſius[27]), — endlich im Verhältniß zu den nächſten Seitenverwandten des Emancipirten[28]). Von andrer Wirkung noch war die Nov. 118. Es muß mit der herrſchenden Anſicht behauptet werden, daß Juſtinian, indem er hier die geſetzliche Erbfolge auf der Grundlage der Blutsverwandtſchaft neu regelte, die beſondere Erbberechtigung des parens manumissor als ſolche beſeitigen wollte. Für dieſen Satz ſtimmt mit Recht die weit überwiegende Mehrzahl der heutigen Juriſten[29]); Beweis für denſelben iſt ſchon das Schweigen der Novelle über den Quaſipatron, mehr noch die ausdrückliche Beſtimmung in Kap. II des Geſetzes, daß die dort geregelte Erbfolge der Aſcendenten und Geſchwiſter ohne Unterſchied Platz greifen ſoll, der Erblaſſer möge fremder Gewalt unterworfen oder gewaltfrei geweſen ſein. Hiezu kommt, daß die Annahme fortdauernder Erbberechtigung des parens manumissor die Erbfolgeordnung der Novelle durchkreuzen, in Einem Falle (bei Concurrenz des Emancipirenden mit Kindern vollbürtiger Geſchwiſter und mit Halbgeſchwiſtern des Erblaſſers) zu einer unlösbaren Verwicklung führen würde[30]).

Auch die patronatiſche Pflichttheilsberechtigung erliſcht nun in

---

[25]) Schmidt, a. a. O. S. 134 bei Anm. 27.

[26]) l. 10 D. de suis 38. 16. l. 2 § 15 D. ad SC. Tertull. 38. 17. Vergl. l. 5 § 2 D. eod.

[27]) l. 1 § 9 D. ad SC. Tertull. 38. 17. l. 3 C. Th. de legit. her. 5. 1. (Vergl. l. 4 C. J. ad SC. Orphit. 6. 55.)

[28]) l. 7 § 1 C. ad SC. Tertull. 6. 56. l. 13 C. de legit. her. 6. 51. — Vergl. das Nähere über dieſe Veränderungen bei Schmidt S. 154—160. S. 167 f. Schirmer, Handb. I S. 152—161. S. 185—188.

[29]) So Francke S. 485. Mühlenbruch 35 S. 220 f. 37 S. 358 f. Arndts II S. 45. Schirmer I S. 191 f. Anm. 157*. Schmidt S. 163—165.

[30]) Arndts II S. 45. Vergl. Schirmer I S. 188—192, beſonders Anm. 157*. Schmidt S. 163—165.

ihrer Beſonderheit. Man wird es zu bezweifeln haben, daß dieſelbe ſchon durch die Nov. 115 vollſtändig beſeitigt, nicht blos abermals beſchränkt wurde[31]); unbedingt aber iſt ſie weggefallen, ſeit ihr durch Nov. 118 die Unterlage einer ſelbſtändigen geſetzlichen Erbberechtigung entzogen iſt.

IV. Es iſt jetzt noch Einiges über die Anordnung zu ſagen, nach welcher der auf das Pflichttheilsrecht bezügliche Stoff hier vorgetragen werden ſoll. Da wir das Pflichttheilsrecht als Theil des Notherbenrechts behandeln, ſo muß für die Eintheilung jenes Stoffs vor Allem der Gedanke maßgebend ſein, daß es ſich um eine Erbfolge gegen den letzten Willen handelt. Von dieſer Auffaſſung aus ergeben ſich drei Haupttheile des gemeinen Pflichttheilsrechts der Verwandten.

Im Theil I ſind die ſubjectiven Vorausſetzungen der Pflichttheilsberechtigung und der wegen deren Verletzung zu erhebenden Anſprüche zu betrachten. Nächſte Aufgabe iſt hier die Darſtellung der Claſſen von Verwandten, welchen Pflichttheilsberechtigung zuſteht; ſodann iſt von den weiteren ſubjectiven Vorausſetzungen zu handeln, insbeſondere von der im einzelnen Fall zu verlangenden nächſten geſetzlichen Erbberechtigung. (So die §§ 33—36.)

Den Gegenſtand vom Theil II bildet die Verletzung des Berechtigten durch ungerechtfertigte Ausſchließung vom Pflichttheil. Dabei iſt vorweg (§§ 37. 38) vom Begriff, Umfang und der Berechnung des Pflichttheils, — an zweiter Stelle von den Formen zu reden, in denen der Pflichttheil zugewendet werden kann, ſowie von den in den Pflichttheil einzurechnenden Erwerbungen des Notherben (§§ 39—41). Daran ſchließen ſich die Gründe einer zuläſſigen Ausſchließung vom Pflichttheil an (§§ 42. 43). Der Mangel eines die Ausſchließung rechtfertigenden Grundes führt von ſelbſt auf den vorangeſtellten Begriff der ungerechtfertigten Ausſchließung.

Der Theil III umfaßt die Folgen der Verletzung der Pflichttheilsberechtigung. Zu erörtern ſind

A. die Formen der Rechtshülfe bei unzulänglicher Zuwendung des Pflichttheils, — mit Ausſcheidung der erſt hinter der Querel zu erörternden Ergänzungsklage (§§ 44. 45),

---

[31]) Bemerkungen hierüber bei Bluntſchli S. 252 f. Mühlenbruch 37 S. 356—358. Schmidt S. 169 f.

B. das Recht der *querella inofficiosi testamenti* (§§ 46—57),

C. das Recht der Ergänzungsklage (§ 58). Unter fortlaufenden Nummern werden dann an das Pflichttheilsrecht angereiht:

Theil IV, welcher die Verletzung des Pflichttheils durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden behandelt (§§ 59—66),

Theil V, wo die anomalen Pflichttheilsberechtigungen des arrogirten Unmündigen und der armen Wittwe dargestellt werden (§§ 67. 68).

Als Anhang des gesammten Notherbenrechts behandle ich am Schluß das Notherbenrecht bei Pupillarsubstitutionen, — bei Soldatenteſtamenten und Verfügungen über caſtrenſiſches wie quaſi-caſtrenſiſches Vermögen. (§§ 69. 70.)

Wenn auch der vorliegende zweite Abſchnitt dieſer Abhandlung im Grundſatz das neueſte, in der Nov. 115 gegebene Recht von der Darſtellung des materiellen Notherbenrechts ausſchließt, ſo hat doch die Grenze bei einzelnen Lehren überſchritten werden müſſen, da anders ein befriedigender Ueberblick über dieſe Lehren nicht gewährt werden konnte. Einem Bedenken können dieſe Abweichungen vom Plane der Arbeit nicht wohl begegnen, da bei keiner der bezüglichen Lehren ein näheres Eingehen auf die großen an die Nov. 115 anknüpfenden Fragen erforderlich geweſen iſt[32]).

---

[32]) Das im Text Geſagte gilt namentlich von den folgenden Ausführungen: a. §§ 33—35 (Perſonen mit Pflichttheilsberechtigung). b. § 65 unter A. a. E. (Behandlung der Ausſchließungsgründe bei der querella inofficiosae donationis). c. § 67 bei Anm. 19 (Verhältniß des Anſpruchs auf die quarta D. Pii zum gemeinen Pflichttheilsrecht). d. § 69 bei Anm. 8—12 (Notherbenrecht in Anwendung auf die Pupillarſubſtitution.) e. § 70 unter IV (Notherbenrecht beim Soldatenteſtament, beim peculium castrense und quasi-castrense). — Vergl. auch § 43 unter I a. E. IV a. E. (Ausſchließung in wohlmeinender Abſicht). § 53 bei Anm. 32 in Verbind. mit § 56 a. E. (Succeſſion bei der Querel). § 59 z. A. (Notherbenrecht bei Erbverträgen).

Erſter Theil: Subjective Vorausſetzungen der Pflichttheilsberechtigung.

I. Perſonen mit Pflichttheilsberechtigung.

§ 33.

A. Deſcendenten *).

Das Juſtinianiſche Recht kennt als pflichttheilsberechtigte Perſonen nur die Deſcendenten, Aſcendenten und Geſchwiſter des Erblaſſers[1]). Dieſe drei Claſſen ſind nach einander zu beſprechen: dabei wird es der Ueberſichtlichkeit wegen Berürfniß, daß die dem neueſten Recht angehörigen Veränderungen ſchon bei der gegenwärtigen Darſtellung berückſichtigt werden.

Es iſt ſehr wahrſcheinlich, daß man Anfangs in Anſehung der mit jenen drei Claſſen von Verwandten gegebenen Grenze geſchwankt hat: dafür ſpricht, daß die Quellen es mehrfach zu betonen nöthig finden, den entfernteren Seitenverwandten ſtehe ein Notherbenrecht nicht zu. (Vergl. die Stellen der Anm. 1). In welcher Ausdehnung aber Seitenverwandte urſprünglich zur Anfechtung eines pflichtwidrigen Teſtaments zugelaſſen wurden, ob insbeſondere jemals alle Cognaten bis zu den Sobrinen mit Erfolg klagen konnten[2]), iſt beim Mangel eines Anhalts in den Quellen nicht zu ſagen. Am wenigſten läßt ſich auf die kurzen Notizen über einzelne Rechtsfälle bei Valer. Max. c. 7 und 8, die es überdies vielfach an einer ſcharfen Bezeichnung der juriſtiſch relevanten Thatſachen fehlen laſſen, die von früheren Schriftſtellern ausgeſprochene Meinung gründen, daß nicht blos Verwandte, ſondern ſchon Perſonen, die mit dem Erblaſſer durch ein engeres Freundſchaftsverhältniß verbunden waren, zur Querel grei-

*) Francke S. 178—187. Mühlenbruch 35 S. 148—150. S. 157—188.

[1]) Dieſelben werden neben einander genannt in pr. § 1 J. de inoff. test. 2. 18. Ulp. l. 1 D. eod. 5. 2. Wegen der Ausſchließung entfernterer Seitenverwandten vergl. noch Dioclet. l. 21 C. eod. 3. 28.

[2]) Dies vermuthet Klenze, Zeitſchr. f. geſchichtl. R.-W. VI S. 77 f. Vergl. auch Mühlenbruch a. a. O. S. 339 f.

sen konnten[3]). Nur der Zweifel möchte nicht ohne alle Berechtigung sein, ob man die Zulassung zur Querel seit deren Entstehung vom Vorhandensein nächster gesetzlicher Erbberechtigung abhängig gemacht hat[4]). In der classischen Zeit aber stand nicht allein dieser Satz fest, sondern auch die Beschränkung der Querel auf die Eingangs genannten Verwandtenclassen[5]). Bevor Letztere im Einzelnen durchgegangen werden, bedarf es einer näheren Bestimmung des allgemeinen Satzes, daß diesen drei Classen die Pflichttheilsberechtigung zukommt.

Zunächst bei den Descendenten ist ohne Zweifel Agnation nicht erforderlich[6]). Dasselbe gilt von den Ascendenten, denn nicht allein wird überall deren Pflichttheilsberechtigung ohne Einschränkung auf das peculium castrense bezeugt[7]), sondern es ist auch unter den parentes die Mutter begriffen[8]), und das Pandektenrecht bezeugt eine Querel des Vaters gegen das Testament des in Adoption gegebenen Sohnes[9]). Endlich ist für die Zeit der classischen Juristen mit großer Wahrscheinlichkeit auch allen cognatischen Geschwistern Pflichttheilsberechtigung beizulegen. Wenn Ulp. l. 1 D. h. t. äußert: — *cognati* enim proprii (proprie ii? Momms.) *qui sunt ultra fratrem* melius facerent, si se sumptibus inanibus non vexarent —, so wird man darin den Gedanken ausgesprochen finden dürfen, daß cognatische Geschwister jedenfalls die Querel anstellen können. Ebenso

---

[3]) Darüber Francke S. 169. Mühlenbruch a. a. O. S. 141—143.

[4]) Dafür darf freilich nicht auf den Fall des leiblichen Vaters verwiesen werden, dem der Nachlaß des in Adoption gegebenen Kindes zugesprochen wird (Valer. Max. VII 7 n. 5): hier liegt keine Querel vor. Wohl aber erregt Zweifel die Darstellung des von einem in Adoption gegebenen Sohn durchgesetzten Anspruchs das. VII 7 n. 2.

[5]) Vergl. Francke S. 173 f., wo auch die Frage einer Interpolation der l. 1 D. h. t. 5. 2 berührt wird.

[6]) Vergl. l. 5. l. 6 pr. l. 14. l. 16 pr. l. 19. l. 22 pr. l. 27 § 4. l. 29 § 1. 3 D. h. t. 5. 2. l. 7 C. eod. 3. 28.

[7]) l. 1. l. 15 pr. l. 31 § 1 D. h. t. § 1 J. h. t. — Ueber den Fall des peculium castrense vergl. § 34 unter A.

[8]) l. 2 C. Th. h. t. 2. 19. l. 17. l. 28 C. J. eod. 3. 28. Vergl. auch l. 8 § 5 D. eod. Da die mütterlichen Ascendenten und die väterliche Großmutter nur in der Classe Unde cognati zur Erbfolge kamen, so konnten sie auch nur unter der Voraussetzung den Pflichttheil beanspruchen, daß ihnen im concreten Falle eine solche Erbberechtigung zur Seite stand.

[9]) l. 30 pr. D. h. t. Davon unten im Texte.

ſpricht noch l. 21 C. h. t. allgemein von frater und soror. Es iſt daher ſehr wahrſcheinlich, daß erſt Conſtantin (l. 1 C. Th. h. t. 2 19, übergegangen in l. 27 C. J. eod.) das Erforderniß der Agnation aufſtellte und die uterini ausſchloß[10]). Sehr fraglich freilich iſt es, ob für den vermutheten Satz ein Zeugniß aus Ulp. l. 6 pr. D. h. t. entnommen werden kann. Die in Frage kommende Aeußerung:

> Postumus inofficiosum testamentum potest dicere — *cognatorum*, quia et horum ab intestato potuit bonorum possessionem accipere —

kann im Munde Ulpian's auch auf die Querel der Enkel gegen letztwillige Verfügungen mütterlicher Aſcendenten hindeuten[11]).

Mit der Eingangs genannten ſubjectiven Begrenzung des Querelrechts wird man — das iſt eben des Zuſammenhangs wegen ſchon hier zu erwähnen — die Grundſätze über die Art der Hinterlaſſung des Pflichttheils in Verbindung zu bringen haben. Dieſer kann dem Notherben nicht blos durch Erbeseinſetzung, ſondern auch durch Vermächtniß, Schenkung auf den Todesfall ſowie — mit Vorſchrift der Anrechnung auf den Pflichttheil — durch Schenkung unter Lebenden gewährt werden[12]). Ein ſolcher Satz ergab ſich nothwendig, ſobald man die Pflichttheilsberechtigung von Perſonen anerkannte, in Anſehung deren die dem formellen Notherbenrecht eigenthümliche Vorſchrift der Einſetzung oder Enterbung nicht beſtand. Das Civilrecht gewährte nur den sui, das prätoriſche Recht nur den liberi formelles Notherbenrecht. Dagegen beſtand eine ähnliche Verpflichtung weder für die letztwillig verfügende Frau gegenüber ihren Deſcendenten, noch für irgend einen Erblaſſer gegenüber den Aſcendenten und Geſchwiſtern. Eben darum mußte die Anforderung des Rechts, daß allen ſolchen Pflichttheilsberechtigten ein beſtimmter Theil des Vermögens hinterlaſſen werde, die Form der Zuwendung als gleichgültig behandeln. Bei den sui und den liberi beſtand wegen der hier dem Erblaſſer obliegenden Verpflichtung zur Ein-

---

[10]) So theils mehr theils weniger beſtimmt Bluntſchli S. 150. Mühlenbruch S. 147 f. Köppen Syſt. I S. 126.

[11]) Dafür *Pothier*, pand. Justin. V. 2 n. V. in not. Francke S. 178. Vergl. auch *Cujac.* rec. sol. ad h. l. (op. ed. Neapol. VII. 171 ff.) — Dagegen ſprechen beſtimmt von Seitenverwandten, namentlich von den uterini, *Ant. Faber*, ration. ad h. l. und andere bei *Schulting-Smallenburg* ad h. l. Genannte, — ebenſo Mühlenbruch a. a. O.

[12]) Davon im § 39.

setzung und Enterbung ein zwingender Grund für die Annahme eines solchen Rechtssatzes nicht: darum wird derselbe sich auch nicht bei ihnen zuerst gebildet haben.

Zu erinnern ist hierbei an die gleiche Erscheinung in dem für den Patron geltenden Pflichttheilsrecht. Auch diesem kann der Pflichttheil in den verschiedenen oben in Anwendung auf das Pflichttheilsrecht der Verwandten bezeichneten Formen gewährt werden[13]), und auch hier erklärt sich der Satz von selbst, sobald man im Auge behält, daß dem Patron ein formelles Notherbenrecht überall nicht zur Seite steht.

Ich komme zu den einzelnen Classen der Berechtigten.

I. Descendenten. Der obige Satz, daß die Pflichttheilsberechtigung nicht durch Agnation bedingt ist, läßt die Descendenten in weitester Ausdehnung zur Querel gelangen. Gegenüber den männlichen Ascendenten, denen an sich die väterliche Gewalt zustehen könnte, erscheinen berechtigt der Emancipirte, die von diesem nach seinem Austritt aus der Gewalt erzeugten Kinder nach Wegfall des Erzeugers, das in Adoption gegebene, vom Adoptivvater emancipirte Kind, — allgemein gewaltfreie Descendenten, welche an der bon. poss. Unde liberi Theil haben[14]). — Gegenüber der Mutter hatten die Kinder bis zum SC. Orphitianum, gegenüber den mütterlichen Großeltern wie der väterlichen Großmutter hatten die Enkel, bevor sie durch kaiserliche Constitutionen civile Erbberechtigung erhielten, nur in der prätorischen Classe Unde cognati Erbberechtigung und bedingt durch diese Pflichttheilsberechtigung[15]). Als dann auf den bezeichneten Wegen civile Berechtigung gewährt wurde, besserte sich in entsprechender Weise die Stellung im Pflichttheilsrecht[16]).

Nicht gegen den Vater, wohl gegen die Mutter und die mütterlichen Ascendenten haben materielle Notherbenberechtigung die un-

[13]) Vergl. einstweilen l. 3 § 15—19 D. de bon. libert. 38. 2. Dazu Schmidt Pflichtth.-Recht S. 71—73.

[14]) l. 14 D. l. 7 C. h. t. Vergl. l. 3 pr. l. 6 pr. § 4 D. de b. p. co. tab. 37. 4. l. 5 § 1 D. si tabulae 38. 6.

[15]) Auf eine hieher bezügliche Querel gegen das mütterliche Testament geht der Fall bei Plin. ep. V. 1. Vergl. auch Valer. Max. IV. 7 n. 4; 8 n. 2. Rühlenbruch 35 S. 144.

[16]) l. 4 C. Th. de legit. her. 5. 1 = l. 9 C. J. de suis et legit. 6. 55. (Dazu Francke S. 178 Anm. 14). Querel gegen das mütterliche Testament z. B. in l. 5. l. 16 pr. l. 19 D. h. t.

ehelichen Kinder[17]). Nach canoniſchem Recht ſteht den Kindern aus putativer Ehe, ſofern dieſe öffentlich eingegangen iſt, die geſetzliche Erbberechtigung, damit auch die Pflichttheilsberechtigung ehelicher Kinder zu[18]). Ferner legt man dieſe ohne Streit den Legitimirten bei, und ohne Grund hat man bei der Legitimation durch Reſcript den Anſpruch gegen entferntere Aſcendenten, deren Zuſtimmung zur Legitimation nicht eingeholt iſt, verſagen wollen. Denn Juſtinian's Verordnungen[19]) machen die Legitimation und die mit dieſer verbundene Gewährung der vollen Rechte ehelicher Kinder von einer ſolchen Zuſtimmung überall nicht abhängig. Bei der weiteren Frage, ob auch dann materielle Notherbenberechtigung zuzugeſtehen iſt, wenn das Reſcript trotz des Vorhandenſeins ehelicher Kinder erging, hat man zu ſagen, ob in einem ſolchen Falle der Landesherr den Grundſätzen des römiſchen Rechts entgegen (Anm. 19) legitimiren kann. Daß dies Praxis ſei, behauptet Schirmer, Handb. I. § 12 Anm. 5 a. E.; auch iſt dafür das Urtheil bei Seuffert, Arch. **3**. 65 und etwa noch das Decret des O.-A.-G. zu Wiesbaden vom 7. März 1852 im Arch. f. prakt. R.-W. VI. S. 475 f. (Dagegen iſt zweifelhaft Seuffert **21**. 241, unerheblich **14**. 239). Jedenfalls iſt nicht zuzugeben, daß ein zureichender Beweis eines Gewohnheitsrechts vorläge[20]). Wäre freilich die Legitimation gültig, ſo müßte ſie auch Pflichttheilsberechtigung gewähren[21]).

Beſondere Schwierigkeiten bietet die Frage nach der Berechtigung der in Adoption gegebenen Kinder. Ohne Streit bleibt dieſen Pflichttheilsberechtigung gegenüber der Mutter und den mütterlichen Aſcendenten[22]). Die gleiche Berechtigung iſt in Anwendung auf den Adoptivvater ohne Bedenken im Fall der Arrogation wie der adoptio plena nach der durch Nov. 118 nicht abgeänderten l. 10 pr. § 5 C.

---

17) l. 29 § 1 D. h. t. verglichen mit l. 8 D. Unde cognati 38. 8. — Wegen der mit der Faſſung von Nov. 18 c. 5. Nov. 89 c. 4 unverträglichen, auch heutzutage aufgegebenen Annahme einer Pflichttheilsberechtigung der Concubinenkinder vergl. Mühlenbruch **35** S. 161 f. — Ueber die Frage, wieweit eine ſolche Berechtigung den im Inceſt erzeugten Kindern zu verſagen iſt, Francke S. 179 f.

18) c. 2. c. 14 X. qui filii sint legit. 4. 17 vergl. mit c. 3 § 1 X. de clandest. despons. 4. 3. Dazu Schirmer I S. 213—215.

19) Nov. 74. pr. c. 1. c. 2 pr. Nov. 89 c. 9.

20) Vergl. Windſcheid, II § 522 Anm. 4.

21) Mühlenbruch **35** S. 163—166.

22) Vergl. l. 10 § 1 C. de adopt. 8. 48.

de adopt. 8. 48 anzuerkennen, im Fall der adoptio minus plena nach l. 10 § 1 C. eod. zu verſagen. — Wer ein Kind adoptiren kann, iſt nur ausnahmsweiſe noch Agnat ſeiner Aſcendenten[23]), ſelbſt für ſolche Ausnahmsfälle aber läßt ſich materielle Notherbenberechtigung des Adoptirten gegenüber jenen Aſcendenten nicht behaupten[24]).

Wie aber ſteht es mit dem Pflichttheilsanſpruch *des mit voller Wirkung in Adoption Gegebenen gegen den leiblichen Vater*? Die Frage iſt an erſter Stelle vom Standpunkt der l. 10 C. de adopt. 8. 48 zu erörtern, demnächſt iſt zu ſagen, ob die Nov. 118 neues Recht geſchaffen hat.

Wie Juſtinian in l. 10 pr. C. cit. mittheilt, ſtritten die römiſchen Juriſten darüber, ob ein in Adoption gegebenes Hauskind ſich der Querel gegen das Teſtament des leiblichen Vaters bedienen könne. Das macht es begreiflich, daß nach Valer. Max. VII. 7 c. 2 ein ſchon an früherer Stelle erwähnter Fall vorkam, wo eine ſolche Querel durchdrang, während doch nach den ſogleich zu beſprechenden Angaben der l. 10 pr. C. cit. die claſſiſche Jurisprudenz ſich im Ganzen einem derartigen Anſpruche wenig geneigt zeigte. Angeſichts der *Streitfrage* konnte leicht eine richterliche Entſcheidung die ſpäter verworfene Anſicht vertreten: es erſcheint daher nicht veranlaßt, wenn man in die Erzählung des Valerius Maximus die Thatſache der Emancipation des Kindes durch den Adoptivvater hat hineintragen wollen[25]).

Um der aufgeworfenen Frage näher zu treten, ſuche ich vor Allem den Thatbeſtand zu beſtimmen, auf welchen ſich die Meinungsverſchiedenheit der römiſchen Juriſten bezog. Das in Adoption gegebene Kind hatte nach claſſiſchem Recht ohne Zweifel geſetzliche Erbberechtigung gegen den leiblichen Vater in der Claſſe Unde cognati[26]), — in den ſeltenen Fällen aber, wo der Emancipirte von ſeinem Vater ſein in deſſen Gewalt verbliebenes Kind in Adoption nahm, oder wo er umgekehrt ſeinem Vater das nach der Emancipation erzeugte Kind in Adoption gab, ſuccedirte der Adoptirte dort dem Groß-

---

[23]) Vergl. wegen ſolcher Fälle das unten im § 34 bei Anm. 27 Bemerkte.

[24]) *Mühlenbruch* **35** S. 181—183. Mit Recht wird hier bemerkt, wenn der von der väterlichen Gewalt Befreite durch ein reines beneficium juris Familienrechte behalte, ſo dürfe er dieſe nicht auf Andere übertragen.

[25]) Vergl. hierüber *Mühlenbruch* a. a. O. S. 142.

[26]) Gaj. III. 31. § 13 J. de her. quae ab int. 3. 1. l. 1 § 4 D. Un. cogn. 38. 8.

vater, hier dem leiblichen Vater in der Classe Unde liberi[27]). Eben das nun, daß das in Adoption gegebene Kind kraft gesetzlicher Erbberechtigung (also regelmäßig Unde cognati, ausnahmsweise Unde liberi) im einzelnen Fall zur Erbfolge berufen war, scheint man gewöhnlich als Voraussetzung des Streits der römischen Juristen über die Zulassung des in Adoption Gegebenen zur Querel zu betrachten. Denn eine Meinungsverschiedenheit jener Juristen darüber, ob das in der Adoptivfamilie stehende Kind die Querel erheben könne, wenngleich es im gegebenen Falle nicht gesetzlicher Erbe des leiblichen Vaters sei, hält man für unmöglich[28]).

Grade bei dieser Auffassung des in l. 10 C. cit. dargestellten Streits weichen wir von der soeben berührten Ansicht ab, und das führt zu wichtigen Consequenzen für die Auffassung sowohl der in l. 10 C. cit. vorliegenden Verordnung Justinian's wie des neuesten, an die Nov. 118 angelehnten Rechts. Wir behaupten: der in l. 10 pr. C. cit. berührte Streit der classischen Zeit ging dahin, ob nicht das in Adoption gegebene Kind lediglich vermöge seiner Eigenschaft als Descendent und ohne Rücksicht darauf, ob es im gegebenen Fall nach prätorischer Intestaterbfolge gerufen sein würde, das Testament des leiblichen Vaters mit der Querel anfechten konnte.

Betrachten wir vor Allem die in l. 10 C. cit. vorliegende Nachricht über den Streit; sie ist diese:

— antiquae sapientiae incidit quaedam dubitatio, si oportet talem filium, si praeteritus a naturali patre fuerat, habere contra ejus testamentum de inofficioso actionem (quam Papinianus quidem negat, Paulus autem sine effectu derelinquit, Marcianus vero distinguit, ne ex hac causa utriusque patris perderet successionem, naturalis quidem voluntate ejus circumventus, adoptivi propter egestatem quam forte habebat).

Ohne Frage hat Papinian einem solchen Kinde die Querel versagt. Aber konnte wohl ein römischer Jurist auch bei den oben bezeichneten Ausnahmsfällen so entscheiden, wo jenes Kind in der Classe

---

[27]) l. 3 § 7. 8. l. 21 § 1 D. de B. P. co. tab. 37. 4. (— quia per adoptionem in aliena familia non fuerit —). Vergl. § 17 bei Anm. 24. S. 124.

[28]) Vergl. Vangerow II § 474 Anm. unter 1. (Aufl. VII S. 250 f.). Vergl. auch Bas. 39. 1 c. 1 schol. 2 (Stephanus).

Unde liberi zum Nachlaß des leiblichen Vaters gerufen wurde? Ohne Zweifel ging doch mit dieſer geſetzlichen Erbberechtigung im Fall der Uebergehung durch das Teſtament die bon. poss. contra tabulas Hand in Hand[29]: das aber ſcheint undenkbar, daß der Juriſt einem ſogar mit formellem Notherbenrecht ausgeſtatteten Deſcendenten die Pflichttheilsklage verſagt haben ſollte[30].

Allerdings wird bei der Frage nach der Berechtigung zur Querel der Gedanke betont, der von einem Dritten Adoptirte gewinne in dieſem einen neuen Vater, damit auch eine neue Notherbenberechtigung[31]: aber derſelbe Gedanke wird in der Lehre von der bonor. poss. contra tabulas angeſchlagen[32], und doch wird dieſe jenem in Adoption gegebenen Deſcendenten, der ausnahmsweiſe bei geſetzlicher Erbfolge die bon. poss. *Unde liberi* beanſpruchen könnte, verliehen.

Wir dürfen hiernach mindeſtens Eins von vorn herein als ausgemacht anſehen: Papinian dachte nicht daran, dem Deſcendenten die Querel auch für die Fälle abzuſprechen, wo er trotz der Hingabe in Adoption ſingulärer Weiſe die Berechtigung zur bon. poss. Unde liberi behielt. Dadurch wird nun freilich die entgegengeſetzte Anſicht (Vangerow — ſ. Anm. 28) nur in Einem Punkte erſchüttert: möglich bleibt danach immer, daß die römiſchen Juriſten bei ihrem Streit den gewöhnlichen Fall im Auge hatten, wo das der fremden Familie angehörige Kind die bon. poss. *Unde cognati*, und nur dieſe, gegen den leiblichen Vater hatte. Allein von vorn herein muß man eine ſolche Anſicht wenig wahrſcheinlich finden. In ſolchen Fällen gingen dem Kinde alle Deſcendenten, alle Agnaten, meiſt auch (nach dem SC. Tertullianum) die Mutter des Erblaſſers vor. Danach war ſeine Ausſicht auf die Querel eine ſo geringe, der Streit über die Zulaſſung der Letzteren ein ſo unbedeutender, daß das ſchwerlich den Anlaß zu einem beſonderen Geſetze Juſtinian's (l. 10 C. cit.) abgegeben haben würde.

---

[29]) Vergl. die Stellen in Anm. 27.

[30]) Es ſcheint mir danach ungerechtfertigt, wenn Schirmer I S. 202 in der Anmerkung die beiden Thatſachen der Verleihung der contra tabulas und der Ausſchließung der Querel ohne Weiteres neben einander ſtellt.

[31]) Vergl. l. 10 pr. § 4 C. cit.

[32]) So nach Ulpian's Bericht Marcellus, l. 17 D. de bon. poss. co. tab. 37. 4: — ubi enim *filius* non datur in adoptionem, at *pater se dat, nullum patrem filio adsignat* —. Vergl. auch l. 14 § 1 D. eod.

Dieſe Erwägung wird verſtärkt, wenn wir berückſichtigen, wie ſich nach der l. 10 C. cit. Paulus zu der Streitfrage geſtellt hatte. Von ihm heißt es: „quam — sine effectu derelinquit“; hat man bei dem „quam“ an die im Vorausgehenden dargeſtellte „dubitatio“ oder an die unmittelbar zuvor genannte „actio“ zu denken? Gewöhnlich wird Erſteres angenommen; danach würde Juſtinian nur ſagen, Paulus habe die Frage unerledigt gelaſſen[33]). Dem entgegen hat indeſſen Francke darauf aufmerkſam gemacht[34]), daß ſprachlich das „sine effectu derelinquere“ unmöglich von einem Unentſchiedenlaſſen der ſtreitigen Frage verſtanden werden kann. Francke bezieht deshalb das „quam“ auf das unmittelbar davor ſtehende „actionem“; danach iſt der Sinn von Juſtinian's Aeußerung der: Paulus ließ zwar die Querel zu, erklärte ſie aber für unwirkſam und nutzlos, weil der Deſcendent nur nach Maßgabe ſeiner geſetzlichen Erbberechtigung, alſo (regelmäßig) nur vermittelſt der *bon. poss. Unde cognati* zur Anfechtung gelangen könne. Das dürfte in Wahrheit dem Wortſinn des „sine effectu derelinquere“ allein entſprechen[35]).

So verſtanden aber iſt die Aeußerung Juſtinian's über die Meinung des Paulus von außerordentlicher Wichtigkeit. Denn nun erkennt man: die Entſcheidung jenes Juriſten, wonach die Querel anwendbar ſein ſollte, wenn der in Adoption Gegebene ſich im einzelnen Fall auf die bon. poss. Unde cognati ſtützen konnte, hat vor dem vom Kaiſer eingenommenen Standpunkte gleiche Bedeutung mit einer Verneinung der Frage nach der Berechtigung jenes Kindes zur Pflichttheilsklage. Das beweiſt, daß Juſtinian die Frage ſo faßte: ob nicht der in der Adoptivfamilie Befindliche ohne Rückſicht auf geſetzliche Erbberechtigung

---

[33]) So *Accurs.* glo. derelinquit ad h. l. *Baldus*, comment. in Cod. ad h. l. *Cujac.* ad Cod. rec. sol. in h. l. — IX. 1313.

[34]) Recht der Notherben S. 182 f. Uebereinſtimmend Mühlenbruch S. 168. Bangerow II § 474 Anm. unter 1. Vergl. auch Schirmer I S. 207 in d. Anm.

[35]) So auch *Dirksen*, man. v. effectus § 3. Vergl. noch *Brissonius* de. V. S. ead. voce § 3. — In neueſter Zeit hat Ad. Schmidt (Pflichtth.-R. S. 36 Anm.) die ältere Auslegung in Schutz genommen, er verweiſt auf die Wendung in der mit l. 10 C. cit. faſt gleichzeitigen l. 34 C. de inoff. test. 3. 28: — „Et hoc nonnulli jurisconsulti in medium proponentes inhumane *reliquerunt*“. Allein was bei l. 10 C. cit. die ſprachlichen Bedenken anregt, iſt das „*sine effectu* derelinquere“: davon findet ſich in l. 34 C. cit. nichts.

in concreto und lediglich kraft seiner Eigenschaft als Descendent des Erblassers querelberechtigt sei. Und verstand Justinian den Streit der classischen Juristen in diesem Sinne, so müssen wir nach seinem Referat auch Papinian's Verneinung der streitigen Frage sowie die von Marcian bezüglich derselben aufgestellte Unterscheidung in der gleichen Weise deuten. Demnach standen diese Juristen überall nicht zu Paulus im Gegensatz, ihre Aeußerungen bezogen sich nicht auf den seltenen Fall, wo das Kind in fremder Familie in Folge des Fehlens besser berechtigter Intestaterben den leiblichen Vater auf Grund der bon. poss. Unde cognati beerben konnte. Sollte es denn auch so auffallend sein, daß eine solche Frage noch die classische Jurisprudenz bewegte, — eine Frage, die dann doch abgesehen von der abweichenden Ansicht Marcian's der Antwort begegnete: ohne gesetzliche Erbberechtigung kein Notherbenrecht? Wem die Annahme eines solchen Streits Bedenken erregt, dem möchte ich den in neuester Zeit von Fitting [36]) geführten Beweis entgegenhalten, daß trotz jenes regelmäßigen Erfordernisses gesetzlicher Erbberechtigung der Vater eines Veteranen, der in väterlicher Gewalt geblieben war, aber über das castrensische Peculium testirt hatte, zur Querel berechtigt war, obgleich ihm das Peculium nicht nach gesetzlicher Erbfolge, sondern nach Peculienrecht zuzufallen hatte.

Nachdem jetzt die Bedeutung der erwähnten Controverse festgestellt ist, kann erörtert werden, wie weit das der Adoptivfamilie angehörige Kind theils nach l. 10 C. cit., theils nach Nov. 118 dem Testament des leiblichen Vaters gegenüber materielles Notherbenrecht hat.

1. Im Fortgang der l. 10 C. cit. ändert Justinian das seitherige Recht der Adoption durch Aufstellung der bekannten Unterscheidung einer adoptio plena und minus plena. Die Letztere soll das Rechtsverhältniß zum leiblichen Vater unangetastet lassen, sive ad de inofficioso querellam, *sive ad alias omnes successiones sive ab intestato sive ex testamento, quae liberis deferuntur.* — Der mit voller Wirkung Adoptirte dagegen wird unter Bestätigung der Ansicht Papinian's mit allen seinen Hoffnungen auf den Adoptivvater angewiesen,

---

[36]) Das castrense peculium S. 232 ff.

et non patris naturalis successionem molestare concedatur, sed avita et proavita tantummodo reverentia protegetur, eique adquirat quae possunt adquiri et prodesse, et is ei solus pater intellegatur, quem lex fecit et natura non dereliquit.

Aus dieſer Gegenüberſtellung und daraus, daß bei der adoptio minus plena (§ 1) die im Pandektenrecht vorliegende beſchränkte Erbberechtigung des in Adoption Gegebenen gegen den leiblichen Vater in der Claſſe Unde cognati im Präteritum erwähnt wird, folgert Mühlenbruch[37]), die l. 10 C. cit. verſage dem mit voller Wirkung Adoptirten alle Erbberechtigung gegen den leiblichen Vater. Das iſt verwerflich theils wegen des Vorkommens der beſchränkten Erbberechtigung eines ſolchen Kindes in der Compilation (Stellen in Anm. 26. 27), theils wegen der Faſſung von § 2 J. de adopt. l. 11. § 14 J. de hered. quae ab int. 3. 1[38]). Daraus folgt dann aber mit Sicherheit: die Aeußerungen der l. 10 pr. C. cit. über die geſetzliche Erbberechtigung wollen nur beſagen, dem Kinde ſoll die volle und regelmäßige deſcendentiſche Erbberechtigung bei der adoptio minus plena vorbehalten, bei der adoptio plena verſagt bleiben[39]). Und muß hiernach anerkannt werden, daß bei dieſer letzten Art der Adoption trotz der ſtarken Ausdrücke in l. 10 pr. C. cit. dem Kinde die bisherige bon. poss. Unde cognati (ausnahmsweiſe auch die Unde liberi) gegenüber dem leiblichen Vater gewahrt blieb, ſo werden wir grade ſo über die von der querella inofficiosi testamenti handelnde Vorſchrift des Geſetzes zu denken haben. Der Kaiſer ſpricht dieſe dem mit voller Wirkung in Adoption gegebenen Kinde

---

[37]) A. a. O. S. 166—173.

[38]) Vergl. die Ausführungen bei Vangerow II § 412 S. 40 ff. Arndts II S. 51—53. Sintenis Civ.-R. III § 139 Anm. 55. Schirmer I S. 201 f. Anm. 17.

[39]) Darauf deuten auch in dem oben mitgetheilten erſten Stück aus l. 10 pr. C. cit. die Worte hin: (successiones) — quae *liberis* deferuntur. — Bei unſrer Auslegung verträgt ſich der Inhalt von l. 10 pr. C. cit. auf's Beſte mit der im Text erwähnten Aeußerung des § 1 ibid. über die dem Pandektenrecht angehörige beſchränkte Erbberechtigung des in fremder Familie ſtehenden Kindes gegen den leiblichen Vater. Sie lautet: — Neque enim ex vetere jure *cognationis* nexus naturalis patris per adoptionem filio dissolvebatur, sed accedebant jura adoptiva *certis reliquiis ex jure naturali remanentibus*, et qui legitimus erat familiae adoptivae, is naturali fuerat cognatus —. Es iſt kein Zweifel, daß der Geſetzgeber bei der Verfügung rückſichtlich der Erbberechtigung im Principium der Stelle an dieſe reliquiae (die bon. poss. Unde cognati) nicht gedacht hat.

insoweit gegenüber dem leiblichen Vater ab, als sie sich auf jene regelmäßige gesetzliche Erbberechtigung der Descendenten zu stützen hatte: soweit aber im einzelnen Fall eine Querel auf die bon. poss. Unde cognati (in Ausnahmsfällen auf die bon. poss. Unde liberi) gegründet werden konnte, bleibt sie dem Kinde vorbehalten[40]).

2. Sehen wir zurück auf die vorgeführte geschichtliche Entwicklung der Frage nach der Pflichttheilsberechtigung des in Adoption gegebenen Kindes. Wie wir den in l. 10 pr. C. de adopt. 8. 48 berührten Streit der römischen Juristen auffassen, müssen wir behaupten, daß Paulus wie Papinian bei jener Frage an dem Grundsatz festhielten: ohne gesetzliche Erbberechtigung besteht kein Pflichttheilsanspruch. In diesem Sinne gestand äußerlich Paulus die Querel zu, — eine Auffassung, in der Justinian ein „sine effectu derelinquere" des Anspruchs erblickt. Gleichfalls in eben jenem Sinne sprach Papinian die Querel ab, ohne indessen seinen Ausspruch auf die seltenen Fälle auszudehnen, wo ein solches Kind trotz seines Uebergangs in die fremde Familie der nächste gesetzliche Erbe des leiblichen Vaters war. Nur Marcian wich von dem durch die beiden andern Juristen zur Geltung gebrachten Princip ab: er wollte mit Betonung einer unzulänglichen Rücksicht der Billigkeit darauf gesehen wissen, ob das Kind im einzelnen Fall in der gewonnenen Erbberechtigung gegen den Adoptivvater Entschädigung finde. — Justinian kehrt zu der das Pflichttheilsrecht beherrschenden Regel zurück: wie er dem plene Adoptirten die ordentliche gesetzliche Erbberechtigung gegenüber dem leiblichen Vater versagt, so schneidet er ihm die (hierauf zu gründende) Querel ab. Auch er ist jedoch nicht gewillt, der Querel selbst für den wiederholt erwähnten Fall einer nach Pandektenrecht begründeten bon. poss. Unde liberi oder Unde cognati entgegenzutreten.

Alles dies gewährt einen festen Anhalt für die jetzt zu unter-

---

40) Eine solche Berücksichtigung des in Adoption gegebenen Kindes hat nichts Auffälliges. Es ist daran zu erinnern, a. daß ein solches Kind, wenn es im Testament des leiblichen Vaters zum Erben eingesetzt ist, zur bon. poss. contra tab. (commisso per alium edicto) zugelassen wird, b. daß am patronatischen Pflichttheilsrecht die Kinder des Patrons auch dann Theil haben, wenn sie in Adoption gegeben sind, sowie daß umgekehrt derartige Kinder des Freigelassenen der patronatischen Pflichttheilsberechtigung im Wege stehen. Vergl. Schmidt, Pflichtth.-R. S. 35 f. Anm. 9. S. 66 Anm. 98.

nehmende Beantwortung unsrer Frage vom Standpunkt der Novelle 118. Nach Letzterer ist bestimmt in Ansehung der gesetzlichen Erbberechtigung des mit voller Wirkung in Adoption gegebenen Kindes eine durchgreifende Aenderung anzunehmen. Das Gesetz ruft (Kap. I verb. mit Kap. IV) mit Beseitigung aller früheren Unterscheidungen nach väterlicher Gewalt, Agnation und sonst in der ersten Classe die Gesammtheit der cognatischen Descendenten, damit auch die in der Adoptivfamilie stehenden Kinder. Wenn einzelne Gelehrte diese Kinder in die vierte Erbclasse der Novelle verweisen (Löhr), oder gar ganz vom Nachlaß des leiblichen Vaters ausschließen (Mühlenbruch), so steht der ersteren Ansicht neben Anderm entgegen, daß Justinian's vierte Classe nur Seitenverwandte umfaßt, — die zweite Meinung überträgt mit Unrecht die Schranken der prätorischen Classe Unde liberi auf die Descendenten der Novelle, sie stützt sich ferner auf die oben widerlegte Unterstellung, daß schon durch die l. 10 C. de adopt. 8. 48 den in der Adoptivfamilie stehenden Kindern alle gesetzliche Erbberechtigung, auch die in der Classe Unde cognati, entzogen worden sei. Mit Recht hat sich demnach die herrschende Meinung für die volle Intestaterbberechtigung der in Adoption gegebenen Kinder entschieden[41]).

Mit gleicher Bestimmtheit aber bestreitet die bei weitem größere Zahl der heutigen Rechtslehrer das Dasein einer Pflichttheilsberechtigung solcher Kinder gegenüber dem leiblichen Vater[42]). Nach unsrer Ueberzeugung mit Unrecht. Wenn Mühlenbruch[43]) diese Ansicht auf den Mangel einer gesetzlichen Erbberechtigung jener Descendenten gründet, so ist dieser Annahme soeben schon begegnet. Von andrer Seite beruft man sich darauf, daß schon die l. 10 C. de adopt. 8. 48 die Querel abgeschnitten habe, wenngleich der Adoptirte in der gesetzlichen Erbfolge zur bon. poss. Unde cognati zu gelangen hatte[44]). Auch diese Begründung erscheint hinfällig, wenn

---

[41]) Nähere Ausführung der im Text vertretenen Meinung bei Vangerow II § 412 unter III. Arndts a. a. O. S. 50—53. Sintenis a. a. O. Schirmer I S. 206 f. Anm. 25.

[42]) Die Frage einer Fortdauer der Querel für Descendenten und Ascendenten, nach dem Recht der Nov. 115, bleibt hier unerörtert.

[43]) Band 35 S. 173 ff.

[44]) Francke S. 184 ff. Vangerow II § 474 Anm. unter 1. Sintenis a. a. O.

anders uns der unter 1. unternommene Beweis gelungen iſt, daß die l. 10 C. cit. bei in concreto vorhandener geſetzlicher Erbberechtigung den Pflichttheilsanſpruch nicht verneinen, daß ſie weſentlich die Frage entſcheiden wollte, ob das in der Adoptivfamilie ſtehende Kind beim Mangel der (regelmäßigen) deſcendentiſchen Erbberechtigung, lediglich kraft ſeiner Eigenſchaft als Deſcendent, das Teſtament des leiblichen Vaters als lieblos anfechten könne. — Von unſerm Standpunkt aus müſſen wir für das Novellenrecht dem in Adoption gegebenen Kinde die in Frage ſtehende Pflichttheilsberechtigung unbedingt zuſprechen. Denn iſt es wahr, was wir ſoeben im Eingang von 2. hervorhoben, daß ſowohl die Mehrzahl der claſſiſchen Juriſten (unter ihnen Papinian und Paulus) wie Juſtinian in l. 10 C. cit. die Zuſtändigkeit jenes Anſpruchs vom Daſein der geſetzlichen Erbberechtigung abhängen ließen, ſo muß auch der Satz, daß die in fremder Familie ſtehenden Kinder bei der Beerbung des leiblichen Vaters in die erſte, deſcendentiſche Erbclaſſe der Nov. 118 aufgerückt ſind, zur Anerkennung der vollen Pflichttheilsberechtigung führen[45]).

Die Grundſätze, welche bisher für die adoptio plena vertheidigt wurden, ſind auch feſtzuhalten für das aus der Gewalt des leiblichen Vaters ausgeſchiedene Kind, welches ſich bei deſſen Lebzeiten von einem Dritten hat arrogiren laſſen. Bei ihm hat Juſtinian nach l. 10 § 5 C. de adopt. 8. 48 am Rechtsverhältniß zum Adoptivvater nichts geändert; der Arrogirte ſteht jetzt einem mit voller Wirkung in Adoption gegebenen Hauskinde gleich. Nicht minder gilt Letzteres von der geſetzlichen Erbberechtigung wie von der Pflichttheilsberechtigung gegenüber dem leiblichen Vater. Endlich iſt auch rückſichtlich des Einfluſſes der Nov. 118 lediglich das über die adoptio plena Bemerkte zu wiederholen[46]).

Noch hat man darüber geſtritten, ob dem von einer Frau mit landesherrlichem Reſcript adoptirten Kinde gegenüber dem mütterlichen Nachlaß Notherbenberechtigung zuſteht. Nach l. 5 in f. C. de adopt. 8. 48 ſowie nach der zu einem ſicheren Schluß vom Gegentheil be-

---

[45]) Wir erfreuen uns bei dieſem Ergebniß der Uebereinſtimmung mit Windſcheid III § 579 Anm. 7.

[46]) Von den Grundſätzen, die bei dem arrogirten Unmündigen Platz greifen, ſehen wir hier ab. Vergl. darüber § 67.

rechtigenden l. 29 § 3 D. de inoff. test. 5. 2 iſt die bejahende Anſicht nicht abzulehnen[47]).

§ 34.

B. Aſcendenten*).

Hinter den Deſcendenten werden als zur Querel berechtigt die Aſcendenten genannt[1]). Auch bei ihnen iſt Vorausſetzung für die Pflichttheilsberechtigung geſetzliche Erbberechtigung, — für die Wirkſamkeit im einzelnen Fall nächſte geſetzliche Erbberechtigung.

Um die Geſtaltung des in Anſehung der Eltern geltenden Pflichttheilsrechts im Einzelnen zu überſehen, hat man an die Perſon des Erblaſſers anzuknüpfen. Dieſer kann Hauskind, ein gewaltfreies oder ein in Adoption gegebenes Kind ſein.

A. Nachlaß eines Hauskindes. Wenn in dieſer Anwendung von einem materiellen Notherbenrecht geredet wird, ſo wird davon ausgegangen, daß nicht ein an ſich nichtiges Teſtament vorliegt. Nun kommt einem Hauskinde Teſtirbefugniß nur zu in Anwendung auf das peculium castrense und — ſeit der chriſtlichen Kaiſerzeit — auf das peculium quasi-castrense; demnach bezieht ſich auch unſre Frage nach der Pflichttheilsberechtigung nur auf dieſe Peculien. Es iſt zunächſt vom caſtrenſiſchen Peculium zu reden.

Die Frage nach der Entſtehung und weiteren Ausbildung des castrense peculium laſſen wir unberührt[2]): unſre Erörterung geht von dem vielfach durch die Quellen bezeugten Satze aus, daß in Ermangelung eines Teſtaments, oder falls der eingeſetzte Erbe nicht erwirbt, das Vermögen jure peculii dem Gewalthaber verbleibt[3]). Daraus ergibt ſich, daß eine geſetzliche Erbfolge überall nicht eröffnet wird, und daß abgeſehen vom Gewalthaber beim Nichteintreten teſtamentariſcher Erbfolge Niemand Anſprüche auf das Vermögen zu er-

---

[47]) Francke S. 185—187. Vergl. auch Mühlenbruch **35** S. 183—188. Glück VII S. 373—376. (Anders noch daſ. S. 11.)

*) Francke S. 187—190. Mühlenbruch **35** S. 150—152. S. 189—229.

[1]) l. 15 pr. verb. mit l. 14 D. de inoff. 5. 2. (Zu der Faſſung von l. 15 cit. iſt l. 7 § 1 D. si tabulae 38. 6 zu vergleichen).

[2]) Darüber Fitting, das castrense peculium S. 11—23. S. 24—48. S. 68—73. S. 92—116. S. 124—133.

[3]) Vergl. namentlich l. 1. 2. 9. 14. 17 pr. l. 19 § 3 D. de castr. pec. 49. 17. l. 5 C. eod. 12. 37. l. 44 pr. D. de legat. I° (30). l. 18 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2. l. 1 § 22 D. de collat. 37. 6. Fitting S. 120—122. S. 134 f. S. 249—260.

heben vermag[4]). Es kann ſich daher nur fragen, ob der Gewalthaber gegenüber dem Teſtament des Hausſohns Pflichttheilsberechtigung in Anſpruch zu nehmen hat. Dies iſt in der That für das Recht der claſſiſchen Zeit zu behaupten; jenes Heimfallsrecht jure peculii bildet für die Querel eine genügende Grundlage[5]). Für das von Juſtinian im Codex geſchaffene neue Recht — l. 37 C. de inoff. test. 3. 28 — muß die Frage verneint werden. Die Ausführung dieſer Sätze kann erſt im § 70 in Verbindung mit der Erörterung des Notherbenrechts bei Soldatenteſtamenten erfolgen.

An gegenwärtiger Stelle ſind nur noch einige wenige Bemerkungen über die geſchichtliche Entwicklung der geſetzlichen Erbberechtigung wie der Pflichttheilsberechtigung bei den genannten Peculien anzuhängen. Der bezeichnete Heimfall an den Gewalthaber, jure peculii, hat ſich bis in die ſpäte Kaiſerzeit erhalten. Erſt in Juſtinian's Inſtitutionen — pr. J. quib. non est perm. 2. 12 — wird von einem erſten Anfange geſetzlicher Erbberechtigung berichtet. Eine ſolche wird zunächſt den liberi, dann den Geſchwiſtern des Inhabers angetragen[6]); wird aber in beiden Claſſen nicht erworben, ſo fällt das Vermögen noch immer nach Peculienrecht[7]) an den ſeitherigen Gewalthaber. Streitig iſt, ob dieſe Inteſtaterbberechtigung der Kinder und Geſchwiſter erſt von Juſtinian begründet iſt — durch Aufnahme der wenigen Worte „nullis liberis vel fratribus superstitibus“ in das princ. J. cit. —, oder ob ſie ſchon vor Juſtinian in der chriſtlichen Kaiſerzeit entſtanden iſt. Erſtere Anſicht iſt, ſoviel ich ſehe, im Recht[8]). Der angegebene erſte Schritt zu einer geſetzlichen Erbfolge

---

[4]) l. 10 D. ad SC. Tertull. 38. 17.

[5]) Vergl. einſtweilen Fitting S. 232—238.

[6]) pr. J. cit.: — si vero intestati decesserint *nullis liberis vel fratribus superstitibus*, ad parentes eorum jure communi pertinebit (sc. castrense peculium). Vergl. dazu Theophil. ibid.

[7]) Ueber das Letztere iſt man zwar nicht einig, aber mit Recht wird das „jure communi“ des pr. J. cit. (Anm. 6) in dem hier angenommenen Sinne gedeutet. Vergl. Schirmer I S. 183 f. Fitting S. 342 f.

[8]) Für dieſelbe u. A. Schirmer I S. 183 Anm. 146. Die entgegengeſetzte Auffaſſung ſucht Fitting (S. 344—348) auszuführen; ſeine Gründe ſind nicht überzeugend. Wenn a. geltend gemacht wird, daß Juſtinian nicht nach ſeiner Gewohnheit ſeine Neuerung als ſolche ankündige, ſo iſt entgegenzuhalten, daß nur eine nebenſächliche Aenderung des Rechts vorliegt, da der Grundſatz des Heimfalls jure peculii ſtehen geblieben iſt. b. Aus l. 6 pr. § 1 C. de bon. quae lib. 6. 61 iſt nichts für

hat indeſſen längere Zeit hindurch auf dem Gebiet des uns intereſſirenden Pflichttheilsrechts des Gewalthabers ohne Einfluß bleiben müſſen. Denn noch vor der mit dem 21. November 533 erfolgten Publication der Inſtitutionen hatte Juſtinian in der ſchon erwähnten

---

unſre Frage zu entnehmen. Das Principium redet nur vom Nießbrauch des Vaters an den Adventicien, und nur hierauf bezieht ſich die Schlußbemerkung, welche das bisher beim peculium castrense wie beim quasi-castrense in Geltung geweſene Recht unverändert beſtehen laſſen will. Erſt der § 1 kommt auf die Erbfolge bei den Adventicien: hier aber werden die uns intereſſirenden Peculien nicht erwähnt. Der § 3 des Geſetzes, auf den ſich Fitting gleichfalls beruft, iſt für unſre Frage bedeutungslos, er handelt lediglich vom praemium emancipationis. c. Fitting findet es unglaublich — vergl. noch denſ. S. 351 f. —, daß bei den Adventicien, in Anſehung deren doch der Vater dem lebenden Kinde gegenüber günſtiger geſtellt iſt als in Anſehung des peculium castrense, lange Zeit ein den Vater beſchränkendes geſetzliches Erbrecht beſtanden haben ſollte, ohne daß man Letzteres auf das castrense peculium übertragen hätte (l. 3. 4 C. de bon. quae lib. 6. 61. l. 11 C. comm. de success. 6. 59). Allein die Erſcheinung wird begreiflich, wenn man erwägt, daß beim peculium castrense der Inhaber ſeine Deſcendenten oder andere Blutsverwandte dem Gewalthaber durch Teſtament vorziehen konnte: bei den Adventicien fehlte die Teſtirfähigkeit, daher wurde hier das Bedürfniß einer geſetzlichen Erbfolge eher fühlbar. d. Endlich ſieht Fitting einen Beweis für eine vor Juſtinian aufgekommene geſetzliche Erbfolge an den bona castrensia in l. 34 C. de episc. 1. 3. Ohne Zweifel gewähren hier Leo und Anthemius dem Erwerb der Geiſtlichen die Eigenſchaft eines peculium quasi-castrense; gewöhnlich aber wird auch angenommen (ſo nicht allein Fitting, ſondern auch Schirmer S. 180 Anm. 34. Vangerow II § 409 Anm. unter IV. 2 a. E.), die Kaiſer ſprächen hier, abgeſehen vom Teſtirprivileg, von einer den Kindern der Geiſtlichen zuſtehenden geſetzlichen Erbberechtigung. Wäre das nun auch zuzugeben, ſo müßte doch der l. 34 C. cit. bei unſrer Frage die Beweiskraft abgeſprochen werden: denn während die Codexſtelle nur von den Kindern des Peculieninhabers handelt, ſpricht das obige, auf das peculium castrense bezügliche princ. J. quib. non est perm. 2. 12 von einer geſetzlichen Erbberechtigung der Kinder und Geſchwiſter; dieſe Verſchiedenheit in Anſehung der erbberechtigten Perſonen müßte auf alle Fälle der Verknüpfung der beiden Zeugniſſe hinderlich ſein. Zudem iſt aber auch beſtimmt zu beſtreiten, daß in l. 34 C. cit. eine geſetzliche Erbberechtigung berührt würde, es iſt in der Stelle durchweg von der Teſtirbefugniß die Rede. Zur Begründung dieſer Auslegung nur ein paar Worte. Die eigentliche Dispoſition der l. 34 C. cit. beſteht in der Erhebung des Erwerbs der Geiſtlichen zu einem peculium quasi-castrense, ſodann in der Ertheilung der Veräußerungs- und Teſtirbefugniß. An dieſe letzte Verleihung wird das Folgende lediglich in der Bedeutung von Folgerungen angeknüpft; daher die Verbindung mit „*ut* ea bona“ cet. Die Folgerungen ſind: *α*. Das Peculium iſt niemals gegenüber den Geſchwiſtern des Geiſtlichen, bei der Beerbung von deſſen Gewalthaber, einzuwerfen, ſondern es kommt den durch letzten Willen gerufenen Kindern, ſonſtigen Nachkommen oder extranei heredes des Geiſtlichen zu; *β*. Das peculium iſt auch nicht von den Gewalthabern einzuziehen, bleibt

l. 37 C. de inoff. test. 3. 28 — vom 1. September 531 — das über das castrensische Vermögen verfügende Testament eines Haussohns, auch wo dasselbe nicht am Privileg des Soldatentestaments Theil hatte, der querella inofficiosi testamenti entzogen. Damit war die Pflichttheilsberechtigung des Gewalthabers des Testators weggefallen. Auch für diesen Satz kann die Begründung erst im § 70 unter III beigebracht werden. Eben dort ist dann zu zeigen, daß Nov. 115 Kap. 1 und 4 (vom 1. Februar 542) das castrensische Peculium dem regelmäßigen neuen Pflichttheilsrecht unterworfen hat: auf dieses konnte sich also der Gewalthaber berufen, doch gingen ihm nun zufolge des pr. J. cit. die Kinder und Geschwister des Erblassers vor.

Völlig anders endlich liegt die Frage nach der Nov. 118, vom 26. Juli 543. Das Gesetz hat auch die Hinterlassenschaften der Hauskinder unter die neue Erbfolgeordnung gezogen, ohne für dieselben eine Abweichung bestehen zu lassen. Danach ist von einem Heimfall der bona castrensia an den Gewalthaber, der sich nach Peculienrecht vollzöge, nicht mehr zu reden. Dem Gewalthaber kann das Vermögen nur noch nach den Grundsätzen des gewöhnlichen gesetzlichen Erbrechts zufallen, er erbt dann lediglich in seiner Eigenschaft als Ascendent, in der zweiten Classe der Novelle[9]). Hieraus folgt, daß es auch eine eigenthümliche Pflichttheilsberechtigung des Gewalthabers beim castrensischen Vermögen nicht mehr geben kann: dieselbe ist in die gemeine Pflichttheilsberechtigung der Ascendenten aufgegangen.

Rücksichtlich des quasi-castrense peculium genügen wenige Worte. Die Frage, in welchem Sinne es zu nehmen ist, wenn schon in einigen Digestenstellen von einem solchen Peculium

vielmehr bei deren Beerbung den Kindern des Geistlichen (wenn diese dessen Testamentserben sind) als ein Voraus. — Die Beschränkung der Verordnung auf die Veräußerungs- und Testirbefugniß wird dann in den zusammenfassenden Schlußworten „(Et) certe his“ cet. wiederholt dargelegt; sie tritt eben so deutlich in der auf das Gesetz zurückverweisenden l. 50 C. eod. zu Tage. Vergl. auch Nov. 123 Kap. 19. — Da der dargestellte Zusammenhang der l. 34 C. cit. einleuchtend ist, so darf auf die eine gesetzliche Erbberechtigung einmischenden Bas. III. 3. 8 kein Gewicht gelegt werden. — Schirmer S. 180 Anm. 143 verweist auf die Ausschließung der Collationsverbindlichkeit, die doch bei Erlaß des Gesetzes für testamentarische Erbfolge noch nicht bestanden habe: aber die Erwähnung der Collation geht ja nicht auf die Beerbung des Geistlichen, sondern auf die seines Gewalthabers.

[9]) Vergl. Fitting S. 366—368.

geredet wird, hat für unſre Unterſuchung kein Intereſſe[10]). Von dem peculium quasi-castrense des neueren Rechts iſt nur zu ſagen, daß es mit dem castrense unter gleichen Rechtsgrundſätzen ſteht, daß insbeſondere das bei ihm geltende geſetzliche Erbrecht wie Pflichttheilsrecht durch die vorhin bei der Beſprechung des caſtrenſiſchen Vermögens erörterten Vorſchriften Juſtinian's geregelt iſt (pr. J. quib. non est perm. 2. 12. l. 37 C. de inoff. test. 3. 28. Nov. 115 und 118).

B. Nachlaß gewaltfreier, nicht in fremder Familie ſtehender Kinder. Das in Adoption gegebene Kind iſt von dieſer zweiten Abtheilung der Erörterung ſelbſt für den Fall auszuſchließen, daß es bei ſeinem Tode — etwa zufolge früheren Ablebens des Adoptivvaters — gewaltfrei iſt, vorausgeſetzt nur, daß es noch immer der fremden Familie angehört. Die Geſtaltung der aſcendentiſchen Pflichttheilsberechtigung gegenüber einem ſolchen Kinde wird unter C. mit zur Sprache gebracht werden. Uebrigens iſt hier der im Eingang des § 33 ausgeführte Satz zu wiederholen, daß agnatiſche Verwandtſchaft mit dem Erblaſſer nicht erforderlich iſt. Die einzelnen berechtigten Aſcendenten ſind nach einander in's Auge zu faſſen.

Beſondere Bedeutung hat nach claſſiſchem Recht die Pflichttheilsberechtigung des früheren Gewalthabers gegenüber einem Kinde, welches im Wege der Emancipation aus der väterlichen Gewalt ausgeſchieden iſt. Da jedoch die bon. poss. contra tabulas des parens manumissor ſchon im § 32 unter III. B. zu behandeln geweſen iſt, ſo bleibt an jetziger Stelle nur das Verhältniß dieſes prätoriſchen Inſtituts zum gemeinen Pflichttheilsrecht der Verwandten zu beſprechen. Das claſſiſche Recht erkennt dem emancipirenden Vater neben der bon. poss. contra tabulas die querella inofficiosi testamenti zu. Ausdrücklich anerkannt wird dies in l. 1 § 6 D. si a parente 37. 12 (von Ulpian)[11]):

---

[10]) Darüber ausführlich Fitting S. 392—416. (Die daſ. S. 393 Anm. 3 angegebenen Stellen ſind: l. 32 § 17 D. de don. int. V. et U. 24. 1. l. 1 § 6 D. ad SC. Trebell. 36. 1. l. 3 § 5 D. de bon. poss. 37. 1. l. 1 § 15 D. de collat. 37. 6. l. 7 § 6 D. de donat. 39. 5.)

[11]) Die im Text angenommene Auslegung des „jus antiquum“ in l. 1 § 6 cit. wird ſchon angedeutet in Bas. 40. 6. 1 schol. 6; ſie findet ſich dann bei *Cujac.*, observ. VIII. 23 und in lib. 5 quaest. Papin. ad l. 14 D. 5. 2 — III. 207 f. IV. 108 f. —, ferner bei *Pothier*, pand. Justin. 38. 12 n. 7 in not., *Schulting*, not. ad h. l. Mühlenbruch 37 S. 357. Schmidt, Pflichtth.-

Patrem autem accepta contra tabulas bonorum possessione et jus antiquum, quod et sine manumissione habebat, posse sibi defendere Julianus scripsit; nec enim ei nocere debet, quod jura patronatus habebat (habeat? *Ad. Schmidt* et edit. *Momms.*), cum sit et pater.

Ein Beiſpiel einer Querel des Vaters gegen das Teſtament des emancipirten Sohnes bietet ſich in l. 14 D. de inoff. 5. 2. Als Vorzüge der Querel vor der erwähnten bonor. possessio werden von Schmidt (S. 140 Anm. 37) hervorgehoben: die Querel iſt nicht an die einjährige Agnitionsfriſt der bonor. possessio gebunden, für ſie beſteht auch nicht rückſichtlich des Gegenſtandes die feſte Schranke der Letzteren, die dem Manumiſſor immer nur die Hälfte, nach Juſtinianiſchem Recht ſogar nur ein Drittel des Vermögens gewährte. Indeſſen iſt auch die Frage zu beantworten, ob der parens manumissor die Querel kraft der ihm als ſolchem zukommenden geſetzlichen Erbberechtigung, alſo unmittelbar hinter den liberi[12]), oder etwa nur vermöge ſeiner Stellung in der prätoriſchen Erbclaſſe Unde cognati in Anſpruch zu nehmen hatte. Hätte man ſich für die zweite Alternative zu entſcheiden, ſo ergäbe ſich ein außerordentlicher Vorzug der contra tabulas bon. possessio. Und für eine ſolche Entſcheidung[13]) ließe ſich geltend machen, daß dem Aſcendenten jene civile Erbberechtigung kraft ſeiner Eigenſchaft als Quaſipatron zukommt, der Patron ſelbſt aber kein Querelrecht hat; auch wird ja in l. 1 § 6 cit. mit Bezug auf die Querel des Vaters von einem jus antiquum, quod et *sine manumissione* habebat, geſprochen: darf hiernach auf die erſt durch die Emancipation erzeugte geſetzliche Erbberechtigung Rückſicht genommen werden?

Bei allem dem bin ich der Anſicht, daß die Querel auf dieſe civile Erbberechtigung geſtützt werden konnte. Das Civilrecht fordert allerdings von den bei der Querel in Betracht kommenden Perſonen

---

R. S. 136—140. Fitting a. a. O. S. 230 Anm. 1. S. 236. (Von Schmidt a. a. O. iſt dieſe Auffaſſung erfolgreich vertheidigt gegen den Verſuch von Francke, den Ausſpruch Ulpian's aus dem den Eltern und Kindern von der lex Papia ertheilten Anwachſungsrecht zu erklären).

[12]) Vergl. die Stellen im § 32 Anm. 24 (S. 222); weitere Belege bei *Schrader* ad § 8 J. de legit. agnat. success. 3. 2.

[13]) So ſcheint die Frage in der That (nach der Art, wie l. 1 § 6 cit. angerufen wird) von Mühlenbruch 35 S. 152—154 bei Anm. 34 beantwortet zu werden.

aus den Claſſen der Deſcendenten, Aſcendenten und Geſchwiſter nächſte geſetzliche Erbberechtigung in dem concreten Falle, welcher die Klage veranlaſſen ſoll. Aber nirgends wird verlangt, daß das Recht als Grund der geſetzlichen Erbberechtigung die Blutsverwandtſchaft betonen müſſe. Demnach wird man die civile Erbberechtigung des parens manumissor als ausreichende Unterlage für die Querel behandelt haben in der Erwägung, daß es doch immer ein leiblicher Verwandter des Emancipirten war, dem dieſelbe zuſtand. In eben dieſer Weiſe verfahren die Römer mit dem Satze, daß den Eltern und Kindern zum Erwerb der bon. possessio eine Friſt von einem Jahr zukommt; auch hier heißt es (Julian. l. 4 § 1 D. quis ordo 38. 15):

—pater, qui filium manumisisset, *quamvis ut manumissor bonorum possessionem accipiat*, tamen ad bonorum possessionem accipiendam annuum spatium habet[14]).

Was aber insbeſondere das in l. 1 § 6 cit. vorkommende „jus antiquum *quod et sine manumissione habebat*“ betrifft, ſo iſt dabei zunächſt eben an das Querelrecht zu denken. Daß dieſes ſchon vor der Emancipation beſtand, ergibt ſich aus den Ausführungen unter A und wird im § 70 Num. III näher dargelegt werden.

Es kann übrigens auf vielfache Weiſe geſchehen, daß einem gewaltfreien Kinde ein männlicher Aſcendent als nächſter geſetzlicher Erbe und darum als pflichttheilsberechtigt gegenüberſteht, ohne daß derſelbe das Kind emancipirt hätte; ich verweiſe wegen der dahin gehörigen Fälle auf die im § 17 gegebene Aufzählung der gewaltfreien Deſcendenten, welche an der bon. poss. contra tabulas Theil haben. Als Beiſpiele mögen hier genannt werden: der in Adoption gegebene, dann vom Adoptivvater emancipirte Sohn im Verhältniß zum leiblichen Vater, — das vom (nunmehr verſtorbenen) Emancipirten nach ſeinem Ausſcheiden aus der väterlichen Gewalt erzeugte Kind im Verhältniß zum Großvater[15]). In ſolchen Fällen bildet die dem Aſcendenten zukommende bon. poss. Unde cognati die Grundlage der Pflichttheilsberechtigung[16]).

Alle bisher erwähnten Unterſchiede in der Begründung einer

[14]) Vergl. l. 1 § 15. 16 D. de success. edict. 38. 9.

[15]) Die Ausſprüche der Quellen ſind angegeben im § 17 Anm. 9 und 10.

[16]) Vergl. l. 1 § 4 D. Unde cognati 38. 8. l. 2 § 18 D. ad SC. Tertull. 38. 17.

Pflichttheilsberechtigung des Vaters und gewiſſer neben dieſem beſprochener Aſcendenten haben im neueſten Recht ihre Bedeutung verloren, die Aſcendenten haben jetzt jedenfalls die aus der Nov. 115 Kap. 4 abzuleitende Pflichttheilsberechtigung nur kraft der ihnen nach Nov. 118 gebührenden geſetzlichen Erbberechtigung in der zweiten Claſſe der Blutsverwandten.

Die Mutter konnte, wenn ſie in der Manus des Ehemanns ſtand, damit ihrem Kinde gegenüber die Stellung einer agnatiſchen Schweſter einnahm[17]), ein liebloſes Teſtament des Kindes kraft ihrer civilen Erbberechtigung in derſelben Weiſe anfechten, wie es die Schweſter konnte; abgeſehen davon ließ ſich eine Querel der Mutter bis zum SC. Tertullianum nur auf die bon. poss. Unde cognati gründen[18]). Jener Senatsſchluß dagegen rief die Mutter zur Erbfolge ihres Kindes, unter der Vorausſetzung des jus liberorum, zwar hinter den Kindern, dem Vater (der parens manumissor war oder eine bon. poss. cum re hatte) und hinter dem agnatiſchen Bruder, aber neben der soror consanguinea und vor den Agnaten[19]). Damit beſſerte ſich in entſprechender Weiſe die Pflichttheilsberechtigung[20]). Ueber die Veränderungen, welche die geſetzliche Erbberechtigung der Mutter durch kaiſerliche Conſtitutionen vor der Nov. 118 erfahren hat, kann hier nicht berichtet werden[21]): nach neueſtem Recht ſteht dieſelbe in der zweiten Claſſe der geſetzlichen Erben. Hier ſtehen neben ihr als pflichttheilsberechtigte Blutsverwandten der Vater und die vollbürtigen Geſchwiſter des Erblaſſers: danach regelt ſich das auf die Nov. 115 Kap. 4 zu gründende Pflichttheilsrecht der Mutter. — Die Erbberechtigung wie der Pflichttheilsanſpruch der Mutter findet auch gegenüber dem außerehelichen Kinde ſtatt[22]).

Abgeſehen von den oben mit Bezug auf den Emancipirten in's Auge gefaßten Aſcendenten kommen nur noch ſolche Aſcendenten in Frage, welche einer väterlichen Gewalt über den Erblaſſer überall nicht fähig waren: ſo die väterliche Großmutter, die mütterlichen Groß-

---

[17]) Gaj. III. 14. 24.

[18]) Gaj. III § 30 verglichen mit § 24; pr. J. de SC. Tertull. 3. 3.

[19]) Ulp. 26. 8. §§ 2. 3 J. de SC. Tertull. 3. 3.

[20]) l. 2 C. Th. de inoff. test. 2. 19 verb. „si tamen defuncto consanguinei agnati non sunt superstites. Vergl. *Jac. Gothofred.* in Cod. Theodos. comment. ad h. l. vers. Tertio notetur limitatio. Francke S. 204.

[21]) Darüber Vangerow II § 409 Anm. unter II. Schirmer S. 158—162.

[22]) l. 2. l. 4 D. Unde cognati 38. 8 § 7. J. de SC. Tertull. 3. 3. l. 2 § 1 D. ad SC. Tertull. 38. 17.

eltern. Diese konnten bis zur Nov. 118 nur in der prätorischen Classe Unde cognati zur Erbfolge gelangen; seit der Nov. 118 werden sie beim Nichtvorhandensein näherer gesetzlicher Erben in der zweiten Classe der Blutsverwandten gerufen. Nach diesen Sätzen bestimmt sich die ältere und die neuere Pflichttheilsberechtigung.

C. Nachlaß der in Adoption gegebenen Kinder. Die *adoptio minus plena* gewährt dem Adoptivvater — darüber besteht kein Zweifel — keinen Pflichttheilsanspruch; derselbe hat nicht einmal gesetzliche Erbberechtigung. In Anwendung auf den leiblichen Vater sowie auf die Mutter verändert die Adoption die Grundsätze des materiellen Notherbenrechts nicht[23]).

Ist ein Kind mit voller Wirkung in Adoption gegeben, so kommt die Pflichttheilsberechtigung des Adoptivvaters und der leiblichen Eltern in Betracht. Streit besteht hier hinsichtlich der beiden Väter.

Daß dem Adoptivvater, so lange nicht das Kind wieder aus der Adoptivfamilie ausgeschieden ist, beim Zusammentreffen mit dem leiblichen Vater alle Erbberechtigung abzusprechen wäre, ist eine heutzutage wohl gar nicht vertretene Ansicht[24]). Man hat ihr mit Recht die fortdauernde Geltung des Satzes entgegengehalten, daß die Adoption die Rechte der Blutsverwandtschaft in demselben Umfange gewährt, in welchem sie Agnation begründet[25]).

Mehr hat man sich mit der Frage beschäftigt, ob der Adoptivvater thatsächlich in die Lage kommen kann, seine materielle Notherbenberechtigung geltend zu machen[26]). Man hat hier zu unterscheiden. Stirbt der Adoptirte bei fortdauernder Agnation, so wird er regelmäßig bis zum Tode Hauskind gewesen sein, und daher kann eine Querel des Adoptivvaters nur in Anwendung auf das peculium castrense und quasi-castrense in Frage kommen. Beim castrense ist sie ausgeschlossen, soweit der letzte Wille des Sohnes das Privi-

[23]) l. 10 pr. § 1 C. de adopt. 8. 48.

[24]) Eine Stimme dafür, vom Ende des vorigen Jahrhunderts, (Lehr) wird erwähnt bei Mühlenbruch 35 S. 225.

[25]) l. 23 D. de adopt. l. 7. l. 1 § 4 D. Unde cogn. 38. 8. l. 4 § 10 D. de gradib. 38. 10.

[26]) Die verneinende Ansicht ist am Besten ausgeführt bei Glück, de constituenda legitimae portionis parentum quantitate, p. 22—30. Bejaht wird die Frage theils in geringerem, theils in weiterem Umfange von Francke S. 188 f. Mühlenbruch 35 S. 222 f. Vangerow II § 474 Anm. unter 2. b.

legium des Soldatenteſtaments für ſich hat. Gegenüber dem Teſtament eines Veteranen dagegen, und Gleiches hat vom peculium quasi-castrense zu gelten, muß bei den Römern nach der von uns unter A. vorgetragenen Anſicht ein Pflichttheilsanſpruch des Adoptivvaters bis zu Juſtinian's l. 37 C. de inoff. test. 3. 28 begründet geweſen ſein. Derſelbe wurde dann durch dieſes Geſetz zeitweilig abgeſchnitten, iſt aber mit Nov. 115 wieder zur Geltung gelangt. — Ausnahmsweiſe kann aber auch die väterliche Gewalt des Adoptivvaters bei ſeinem und des Adoptivkindes Leben ohne Beſeitigung der Agnation aufgehoben werden[27]): wo dies geſchieht, muß man unbedingt dem Adoptivvater die oben (bei Anm. 25) im Princip anerkannte Pflichttheilsberechtigung zugeſtehen[28]). — Iſt dagegen der Adoptirte vor ſeinem Tode aus der Adoptivfamilie ausgeſchieden, ſo iſt er ferner weder Agnat noch Cognat des bisherigen Adoptivvaters, und wie dieſem im Fall der Emancipation die prätoriſche Pflichttheilsberechtigung abzuſprechen war[29]), ſo muß ihm auch die querella inofficiosi testamenti verſagt bleiben.

Dem leiblichen Vater ſcheint die Querel beſtimmt zugeſtanden zu werden durch

Marcian. l. 30 D. de inoff. 5. 2. Adversus testamentum filii in adoptionem dati pater naturalis recte de inofficioso testamento agere potest.

Indeſſen herrſcht grade hier viel Streit. Am weiteſten geht die Anſicht (Gloſſe, Arndts)[30]), wonach man bei der Stelle an einen vom Adoptivvater wieder aus der Gewalt entlaſſenen Sohn zu denken hätte. — Eine zweite Meinung (Baſilikenſcholien, Cujaz, Mühlenbruch) fordert wenigſtens Wegfall der väterlichen Gewalt durch Tod des Adoptivvaters[31]). Gewöhnlich verlangt man dies, weil

---

[27]) Es ſoll hier nicht darauf der Ton gelegt werden, daß die Emancipation durch Reſcript mit Vorbehalt der legitima jura erfolgen kann, l. 11 C. de legit. hered. 8. 58: hier iſt es ſtreitig, ob der Vorbehalt auch für die Erbberechtigung des Emancipirenden Bedeutung hat. Vergl. Schirmer I S. 187 Anm. 152. Beſtimmt aber gehört hieher der Fall, wo der Sohn die biſchöfliche oder eine ſonſtige vom Geſetz durch Vorbehalt der legitima jura ausgezeichnete Würde erlangt hat. Nov. 81 K. 2 vergl. mit K. 1. 3.

[28]) So Bangerow a. a. O.

[29]) Vergl. das im § 32 bei Anm. 21 Geſagte.

[30]) Glo. agere potest in f. ad h. l. Arndts II S. 603 bei Anm. 182.

[31]) Bas. 39. 1. 26. sch. 1. *Cujac.* rec. sol. ad h. l. (VII, 212). *Pothier*, pand. Just. V. 2 n. 8 in not. Mühlenbruch 35 S. 223 ff.

andernfalls das Adoptivkind nicht testirfähig sein würde; in eigenthümlicher Art aber wird der Satz von Mühlenbruch begründet. Letzterer geht davon aus, daß die Adoption für die Zeit ihres Bestehens das bisherige Kindesverhältniß aufhebt und an die Stelle des bisherigen Vaters einen neuen setzt: eben darum soll Letzterer allein erben. Sodann verweist Mühlenbruch auf den in den Quellen bei der Frage der Erbberechtigung eines solchen Kindes gegen den leiblichen Vater vorkommenden Satz: adoptio tamdiu nocet, quamdiu durat (l. 6 § 4 D. de B. P. co. tab. 37. 4): dieser Satz würde, meint Mühlenbruch, auch auf den Erbanspruch des Vaters gegen das Kind angewandt sein, wenn überhaupt Veranlassung bestanden hätte, von einem solchen Anspruche zu reden. — Eine dritte Ansicht (Francke, aber auch schon in der Glosse)[32]) lehnt sich eng an den Wortlaut der l. 30 cit. an. Nach ihr hätte die Entscheidung der l. 30 cit. auch für die Zeit der bestehenden Gewalt des Adoptivvaters Bedeutung gehabt, da doch das Testament eines unter väterlicher Gewalt stehenden Veteranen über das peculium castrense der Querel zugänglich gewesen wäre.

Wie ich mich überzeugt halte, kann für die Zeit der classischen Jurisprudenz, überhaupt für die Zeit vor der Nov. 118, von einem Querelrecht des leiblichen Vaters gegen das Testament des in der Gewalt des Adoptivvaters verbliebenen Sohnes nicht geredet werden. Dagegen erscheint für eben jenen Zeitraum die Querel begründet, sobald man voraussetzt, daß das Gewaltverhältniß durch den Tod des Adoptivvaters, durch einen andern die agnatischen Rechte innerhalb der neuen Familie nicht berührenden Grund (Anm. 27) oder wie sonst immer gelöst war[33]). Durch die Nov. 118 hat der leibliche Vater überdies Pflichttheilsberechtigung gegen das über das peculium castrense oder quasi-castrense verfügende Testament des bis zum Tode in der Gewalt des Adoptivvaters verbliebenen Sohnes erlangt, soweit nicht das Privileg des Soldatentestaments entgegensteht[34]).

---

[32]) Glo. agere potest cit. Francke S. 188. Vergl. auch Vangerow II § 474 Anm. unter 2. b.

[33]) Es braucht bei den obigen wie bei den folgenden Bemerkungen des Textes nicht erinnert zu werden, daß vor der l. 10 C. de adopt. 8. 48 jede Adoption die gleiche Kraft hatte, welche seit der l. 10 C. cit. der adoptio plena zukommt.

[34]) Für das neueste Recht sind gleicher Meinung Francke und Vangerow

Die hier aufgeſtellte Anſicht trifft für die Zeit vor Nov. 118 mit der oben angegebenen Lehre der Baſilikenſcholien und des Cujaz zuſammen, ſie gibt ihr aber eine neue Begründung. Wenn man Aufhebung der väterlichen Gewalt des Adoptivvaters fordert, damit überhaupt an ein der Querel zugängliches Teſtament gedacht werden könne, ſo müſſen wir mit Francke betonen, daß über das peculium castrense wie quasi-castrense auch der Hausſohn teſtiren konnte; nach unſerer Annahme unter A. aber war bis auf Juſtinian's l. 37 C. de inoff. test. 3. 28 gegen ein ſolches Teſtament — beim peculium castrense wenigſtens gegen das Teſtament des Veteranen — ein Pflichttheilsanſpruch ſehr wohl geltend zu machen[35]). Francke überſieht dagegen, daß trotzdem von einer Querel des (hier allein intereſſirenden) leiblichen Vaters nicht geredet werden konnte, weil dieſer Vater gegen den in fremder Familie ſtehenden Hausſohn keine geſetzliche Erbberechtigung hatte. Jene Peculien fielen in Ermangelung einer Vererbung durch Teſtament dem Adoptivvater als Gewalthaber jure peculii zu: darauf konnte dieſer bei pflichtwidriger Uebergehung durch Teſtament die Querel gründen. Dagegen fehlte für einen Anſpruch des leiblichen Vaters oder irgend eines andern Blutsverwandten jede Grundlage. Das pr. J. quib. non est perm. 2. 12 hat dann nur den Kindern und Geſchwiſtern geſetzliche Erbberechtigung gegeben und inſoweit jenes Heimfallsrecht jure peculii beſchränkt; der leibliche Vater aber war auch danach noch nicht erbberechtigt. Zudem war ſchon vorher durch l. 37 C. cit. die Querel gegen das Teſtament des Veteranen über das peculium castrense wie gegen Verfügungen über das peculium quasi-castrense ausgeſchloſſen[36]).

Bei dieſen Grundſätzen iſt es verblieben, bis Juſtinian in Nov. 118 die geſetzliche Erbfolge auf neuer Grundlage ordnete. Bevor auf die Novelle eingegangen werden kann, iſt die vorgetragene Anſicht über das Recht der voraufgehenden Zeit näher zu begründen. Was bis zur Nov. 118 einer Querel des leiblichen Vaters gegen das Teſtament des als Hauskind verſtorbenen, in Adoption gegebenen Sohnes über die Peculien entgegenſtand, war lediglich der ſoeben

a. d. a. OO. (Anm. 32). Windſcheid III § 579 bei Anm. 7. Abweichend Arndts und Mühlenbruch a. d. a. OO.

[35]) Vergl. die Ausführung unter A. (S. 240 f.).

[36]) Vergl. § 70 unter III.

betonte Mangel einer gesetzlichen Erbberechtigung des Vaters. Dieser Mangel wurde gehoben, sobald die väterliche Gewalt des Adoptivvaters irgendwie aufgehoben wurde. Ohne Zweifel gilt das von der Emancipation, da das Kind damit zum leiblichen Vater in das Verhältniß trat, als wäre es von Anfang an von diesem emancipirt worden[37]); allein genügen mußte es auch, daß die Aufhebung der Gewalt ohne Zerstörung der Agnation gegenüber der Adoptivfamilie erfolgte. Denn die Cognation zwischen dem Kinde und dem leiblichen Vater war durch die Adoption nicht berührt[38]), sie aber mußte, sobald das Kind gewaltfrei geworden war, dem leiblichen Vater gesetzliche Erbberechtigung in der Classe Unde cognati gewähren, und eben diese bot die Unterlage für eine Querel wider ein liebloses Testament des Sohnes.

Es ist hier der Ort, auf die Ansichten von Mühlenbruch und Arndts (bei Anm. 31. 30) einzugehen. Wenn Ersterer zur Begründung seines Widerspruchs gegen die Annahme einer (gesetzlichen wie notherbrechtlichen) Erbberechtigung des leiblichen Vaters auf den Satz Bezug nimmt: adoptio tamdiu nocet, quamdiu durat, so ist zu bedenken, daß dieser Satz nur in Anwendung auf die Erbberechtigung des Kindes ausgesprochen wird. Wenn aber weiter behauptet wird, die Adoption hebe während ihres Bestehens das seitherige Kindesverhältniß auf, so ist oft genug entgegnet, daß dabei der genau abgegrenzte Begriff der liberi, wie er für die prätorische Erbfolge gilt, mit dem Kindsverhältniß verwechselt wird. Jener Behauptung widerspricht die in den Quellen bezeugte fortdauernde Cognation: der Vater hat die bon. poss. Unde cognati als Vater, wie das Kind die gleiche bon. possessio vermöge seiner Kindeseigenschaft erhält. Dies bezeugt die schon weiter oben benutzte l. 4 § 1 D. quis ordo 38. 15:

> Filius non solum si tanquam filius, sed et si tanquam adgnatus vel *tanquam cognatus* ad bonorum possessionem vocatur. annuum spatium habet —[39]).

---

[37]) § 4 J. de exher. lib. 2. 13. l. 6 § 4 D. de B. P. co. tab. 37. 4. l. 4 D. si tab. test. null. 38. 6. l. 10 pr. in f. C. de adopt. 8. 48.

[38]) § 13 J. de her. quae ab int. 3. 1. § 2 (3) J. de success. cognat. 3. 5. l. 1 § 4 D. Unde cogn. 38. 8. Vergl. auch l. 8 D. de R. J. 50. 17.

[39]) Dazu die gleiche Bemerkung für Eltern und Kinder in l. 1 § 15. 16 D de success. edict. 38. 9. Vergl. Schirmer I S. 206 f. in Anm. 25.

Denn die einjährige Agnitionsfriſt beſteht nur für Eltern und Kinder[40]). — Danach bleibt für die Begründung von Mühlenbruch's Annahme, als trete in der Adoption der Adoptivvater für die Beerbung des Kindes an die Stelle des leiblichen Vaters, nur etwa l. 10 C. de adopt. 8. 48 übrig: auf dieſe Conſtitution komme ich ſogleich in Anknüpfung an die Meinung von Arndts[41]).

Ungleich bedeutender iſt der ausſchließlich auf die l. 10 pr. C. de adopt. 8. 48 gegründete Widerſpruch, wie ihn Arndts gegen die von uns angenommene Anſicht erhoben hat. Schon gelegentlich der Beſprechung der Pflichttheilsberechtigung des in Adoption gegebenen Kindes gegenüber dem leiblichen Vater iſt von der in der That nicht unbedenklichen Faſſung des Geſetzes die Rede geweſen. Von dem dort (S. 236) mitgetheilten Satze aus l. 10 C. cit. kommen hier vornehmlich die auf den Adoptivvater hinweiſenden Worte in Betracht:

et *is ei solus pater intellegatur*, quem lex fecit et natura non dereliquit.

Das klingt freilich, als ſollte der leibliche Vater völlig durch den Adoptivvater erſetzt, Erſterer jedes erbrechtlichen Anſpruchs verluſtig erklärt werden. In Wahrheit iſt es jedoch nicht ſo. An der ſoeben angegebenen Stelle habe ich zu zeigen geſucht, daß die weit ſchärfer klingenden Aeußerungen des Geſetzes über deſcendentiſche Berechtigung nur die regelmäßige geſetzliche Berechtigung aus der Claſſe Unde liberi und inſoweit die Querel abſprechen wollten, daß dagegen die bon. poss. Unde cognati und die ausnahmsweiſe[42]) auch dem in Adoption Gegebenen angebotene bon. poss. Unde liberi ſowie

---

[40]) Ulp. 28. 10. § 5. (9) J. de bon. poss. 3. 9.

[41]) Unrichtig iſt es auch von Mühlenbruch's Standpunkt aus, wenn derſelbe eine Pflichttheilsberechtigung des leiblichen Vaters nicht allein bei Emancipation des Kindes durch den Adoptivvater annimmt, ſondern auch beim Tode des Letzteren. Beſeitigte wirklich die Adoption, ſo lange ſie beſteht, das frühere Kindesverhältniß, erſetzte ſie den natürlichen Vater durch einen neuen, ſo müßte dieſer Zuſtand den Tod des Adoptivvaters überdauern, ſofern nur der Agnationsverband fortdauerte. In dieſem Sinne beurtheilt Gajus in l. 9 D. de B. P. co. tab. 37. 4 die Ausſchließung des in fremder Familie ſtehenden Kindes von der bon. poss. contra tabulas gegenüber dem leiblichen Vater: Utrum autem pater adoptivus vivit an defunctus est, nihil interest: *nam hoc solum quaeritur, an in adoptiva familia sit.*

[42]) l. 3 § 7. 8. l. 21 § 1 D. de B. P. co. tab. 37. 4.

die auf die eine wie die andere bon. possessio gegründete Pflichttheilsberechtigung nicht haben abgeschnitten werden sollen. Ist diese Behauptung im Recht trotz der äußerlich widerstrebenden Fassung des Gesetzes[43]), so wird man auch keinen Anstand nehmen dürfen, dem leiblichen Vater die bon. poss. Unde cognati offenzuhalten: folgeweise muß er auch auf dieser Grundlage Pflichttheilsberechtigung geltend machen können. Einer solchen Annahme darf um so eher das Wort geredet werden, als genau betrachtet Nichts uns veranlaßt, die oben im Text hervorgehobene Wendung der l. 10 C. cit. auf die Erbberechtigung des Adoptivvaters zu beziehen; ist doch nach Justinian's einleitenden Worten die Aufgabe des Gesetzes in der Feststellung des Kindeserbrechts zu suchen. — Ein völlig entscheidender Beweis für die hier vertheidigte Ansicht liegt in der schon oben (S. 249) durch Abdruck mitgetheilten l. 30 D. de inoff. 5. 2: hier wird die Querel des leiblichen Vaters bestimmt zugelassen. Es ist nach meinem Dafürhalten ein unstatthaftes Umdeuten vor Marcian's Worten, wenn Arndts in dem „filius in adoptionem datus" einen Sohn sieht, der wieder aus der Adoptivfamilie ausgeschieden ist. Haben aber die Compilatoren eine solche Aeußerung in die Pandekten aufgenommen, so verweist uns dies auf die soeben vertheidigte Auslegung der l. 10 C. cit., welche die Annahme eines Widerspruchs vermeidet.

Das Ergebniß, zu welchem unsre Untersuchung bei der Pflichttheilsberechtigung des leiblichen Vaters für das Recht der Pandekten und des Codex gelangt ist, steht im Einklang mit der Ansicht, die wir im § 33 (S. 236 f.) bezüglich der gleichen Berechtigung des in Adoption gegebenen Kindes gegenüber dem genannten Vater vertheidigt haben. Denn auch dort nahmen wir Pflichttheilsberechtigung an, sofern nur dem Kinde die bon. poss. Unde cognati und in Ausnahmsfällen die Unde liberi zur Stütze diente. Schwierigkeiten scheinen sich hier für Diejenigen zu erheben, welche zwar jene Berechtigung des Vaters, nicht aber die des in Adoption gegebenen Kindes gelten lassen wollen. Zur Erklärung der behaupteten Verschiedenheit weist Francke darauf hin (Seite 188), daß dem Kinde ein neues Pflichttheilsrecht

[43]) l. 10 pr. C. cit. (bei adoptio plena): — *et non patris naturalis successionem molestare concedatur*, sed avita et proavita tantummodo reverentia protegetur —.

(gegen den Adoptivvater) gewährt ſei, nicht ſo dem leiblichen Vater. Dabei würde man ſich indeſſen ſchwerlich beruhigen dürfen. Schon das ſcheint uns nach unſern Bemerkungen im § 33 (S. 233) fraglich, ob der Geſichtspunkt der Verſchaffung neuer Pflichttheilsberechtigungen in der Adoptivfamilie einen erheblichen Einfluß auf die Behandlung des in Adoption gegebenen Kindes geübt hat; es kommt aber hinzu, daß der Vater das vorhanden geweſene Gewaltvermächtniß durch eignes, willkürliches Handeln — eben die Hingabe des Kindes in Adoption — zerſchnitten hat. Darf er ſich danach beklagen, wenn das Kind ſich der ſpäter erlangten Teſtirfähigkeit in einer ihn verletzenden Weiſe bediente? Eher wäre vielleicht für die von Francke vertretene Annahme einer Bevorzugung des leiblichen Vaters vor dem Kinde, bei Regelung der Pflichttheilsberechtigung, dieſes zu ſagen. Wenn die Hingabe in Adoption in der Folge dazu führte, daß das Kind — etwa nach ſeiner Befreiung von der Gewalt des Adoptivvaters — ein eignes Vermögen erwarb, ſo verdankte dies das Kind wenigſtens mittelbar jenem Rechtsact des Vaters, und darum war ihm billig anzuſinnen, daß es dem Vater den Pflichttheil zuwendete[44]).

Die bisher erörterte Frage kehrt wieder für das Novellenrecht. Es iſt nicht außer Streit, ob dem leiblichen Vater nach Nov. 118 geſetzliche Erbberechtigung für die Zeit zuzugeſtehen iſt, wo ſein Kind ſich in der fremden Familie befindet. Indeſſen muß man ſich vom Standpunkt eines Rechts, welches die Blutsverwandtſchaft zur alleinigen Grundlage der Erbfolge macht, beſtimmt für die Bejahung entſcheiden[45]). Mühlenbruch (a. a. O. S. 225 ff.) hält auch hier an ſeinem Widerſpruch feſt mit der Begründung, daß der Adoptivvater an die Stelle des leiblichen trete. Dieſe Anſicht hat in dem, was oben bei der Beſprechung des früheren Rechts bemerkt worden iſt, ihre Würdigung gefunden. — Das zweite Kapitel der Novelle

---

[44]) In dieſer Weiſe begründet Ulpian die Zulaſſung des emancipirenden Vaters zur bon. poss. contra tabulas dimidiae partis, in l. 1 pr. D. si a parente 37. 12: — quod aequissimum praetori visum est, *quia a parente beneficium habuit bonorum quaerendorum:* quippe si filius familias esset, quodcumque sibi adquireret, ejus emolumentum patri quaereret. —

[45]) Näheres bei Arndts II S. 53 a. E. 54. Schirmer I S. 207 in der Anm. Vangerow II § 412 Anm. unter III a. E. Windſcheid III § 571 Anm. 10.

ſpricht es ferner deutlich aus, daß die vom Geſetz gewährte Erbberechtigung ohne Abweichung auch für das Vermögen der Hauskinder zu gelten hat[46]): damit iſt insbeſondere auf jener Grundlage der Blutsverwandtſchaft eine Erbberechtigung der Aſcendenten in Anſehung des caſtrenſiſchen und quaſi-caſtrenſiſchen Vermögens anerkannt.

Der aſcendentiſchen Pflichttheilsberechtigung hatte dagegen ſchon Nov. 115 Kap. IV das caſtrenſiſche wie quaſi-caſtrenſiſche Peculium unterworfen[47]). Aus allem dem folgt, daß im neueſten Recht der leibliche Vater nicht blos im Allgemeinen Pflichttheilsberechtigung gegen das in Adoption gegebene Kind hat, ſondern daß er auch das Teſtament ſeines in der väterlichen Gewalt des Adoptivvaters verbliebenen Sohnes über jene Peculien wegen Pflichttheilsverletzung anfechten kann.

Die Erbberechtigung der Mutter wird durch den Eintritt des Kindes in die Adoptivfamilie nicht verändert[48]). Dieſelbe hat alſo Pflichttheilsberechtigung, ſobald ſie gegen das Teſtament des Kindes zufolge ſeines irgendwie begründeten Ausſcheidens aus der Gewalt des Adoptivvaters eine geſetzliche Erbberechtigung geltend machen kann. Wegen der urſprünglichen Beſchränkung dieſer Letzteren auf die bon. poss. Unde cognati, wegen der ſpäteren Veränderungen durch das SC. Tertullianum, nachfolgende Kaiſerconſtitutionen und die Nov. 118 iſt auf die Bemerkungen unter B (S. 247) Bezug zu nehmen. An der auf die Nov. 115 Kap. IV zu gründenden Notherbenberechtigung gegenüber dem peculium castrense und quasi-castrense hat auch die Mutter Theil.

Aus unſern Erörterungen über die Berechtigung der beiden Väter und der Mutter ergibt ſich, daß dieſe drei Aſcendenten als Pflichttheilsberechtigte mit einander concurriren können. Indeſſen iſt dies nur möglich, ſo lange die agnatiſche Verbindung mit dem Adoptiv-

---

[46]) Vergl. das auf S. 243 Geſagte.

[47]) Näher auszuführen im § 70 unter IV.

[48]) Das Kind wird nicht Verwandter der Ehefrau des Adoptivvaters, l. 23 D. de adopt. 1. 7. Dagegen beſteht das Verhältniß zur leiblichen Mutter fort, l. 10 § 1 C. de adopt. 8. 48: — quis enim materna jura possit abolere, cum videbatur et antiquo jure patrem quidem habere adoptivum, matrem autem eam, quam natura cognoscit? —. l. 4 § 1 D. Unde cognati 38. 8.

vater beſteht. Iſt dieſe durch Emancipation gelöſt, ſo beſteht eine Pflichttheilsberechtigung des Adoptivvaters nicht mehr[49]).

Die bisher für die adoptio plena entwickelten Grundſätze ſind auch auf die Beerbung des Arrogirten anzuwenden. Keinen Widerſpruch enthält l. 1 § 2 D. si a parente 37. 12: Ulpian handelt von einem durch den Großvater emancipirten Enkel, der ſich demnächſt vom leiblichen Vater hat arrogiren laſſen: hier ſollen die Rechte des Quaſipatron ausſchließlich dem Großvater bleiben[50]).

Das iſt eine Anwendung der Grundſätze über die Erbberechtigung des Patrons: dieſe ſollte nicht durch eine adrogatio per obreptionem facta verkürzt werden können[51]). Für das Recht der Querel laſſen ſich daraus keine Folgerungen ziehen.

Was von der Pflichttheilsberechtigung der leiblichen Mutter geſagt iſt, findet ebenſo Anwendung auf die Frau, welche ausnahmsweiſe (in solatium liberorum amissorum) ein Kind gültig adoptirt hat. Denn hier werden auf der einen wie andern Seite die Rechtsverhältniſſe begründet, welche aus dem natürlichen Kindesverhältniß entſpringen[52]).

Rückſichtlich der entfernteren Aſcendenten genügt eine Verweiſung auf das unter B. Geſagte.

§ 35.

C. Die Geſchwiſter*).

Die geſchichtliche Entwicklung der Pflichttheilsberechtigung der Geſchwiſter verurſacht in Einem Punkte erhebliche Zweifel. Ulpian bezeichnet in l. 1 D. de inoff. 5. 2 allgemein den Bruder als zur Querel berechtigt, während er im Gegenſatz zu ihm die weiter ſtehen-

[49]) l. 2 § 15 D. ad SC. Tertull. 38. 17. Von demſelben Fall iſt l. 3 D. eod. zu verſtehen: Mühlenbruch 35 S. 229.

[50]) l. 1 § 2 cit.: — sive manens in potestate patris decesserit sive manumissus diem suum obeat, solus admittetur avus ad ejus successionem ex interpretatione edicti, quia perinde defert praetor bonorum possessionem, atque si ex servitute manumissus esset: porro si hoc esset, aut non esset adrogatus, quia adrogatio liberti admittenda non est, aut si obrepserit, patroni tamen nihilo minus jus integrum maneret.

[51]) l. 49 D. de bon. libert. 38. 2. Vergl. auch l. 10 § 2 D. de in jus voc. 2. 4. Dazu Schmidt, Pflichtth.-R. S. 62 Anm. 82. S. 145 bei Anm. 50. In der Beurtheilung der l. 1 § 2 cit. übereinſtimmend Mühlenbruch 35 S. 227 f.

[52]) l. 5 C. de adopt. 8. 48.

*) Francke S. 190—201. Mühlenbruch 35 S. 229—232. Vergl. auch Köppen, Syſt. I S. 124—127.

den Seitenverwandten von dieſer Berechtigung ausſchließt. Aehnlich geſteht die l. 21 C. eod. von Diocletian und Maximian äußerlich ohne Einſchränkung den Geſchwiſtern die Klage zu, — abermals im Gegenſatz zu entfernteren Seitenverwandten, denen jede Ausſicht auf Pflichttheilsberechtigung abgeſchnitten wird[1]). Ein anderer Rechtszuſtand tritt dagegen deutlich zu Tage in l. 1 C. Th. de inoff. test. 2. 19 von Conſtantin (319):

Fratres uterini ab inofficiosis actionibus arceantur et germanis tantummodo fratribus adversus eos duntaxat institutos heredes, *quibus inustas constiterit esse notas detestabilis turpitudinis,* agnatione durante sine auxilio praetoris petitionis aditus reseretur.

Etwas laxer iſt das Erforderniß in Anſehung der Perſonen der im Teſtament gerufenen Erben ausgeprägt in l. 3 C. Th. eod.; ich komme auf dieſe Stelle weiter unten.

Die Art wie in l. 1 C. Th. cit. beſtimmten Geſchwiſtern die Querel unter der Bedingung verheißen wird, daß die eingeſetzten Erben ganz verächtliche Menſchen ſind, macht glauben, es werde hier neues Recht geſchaffen; im Einklang würde damit die Nachricht in § 1 J. eod. 2. 18 ſtehen, daß nach kaiſerlichen Conſtitutionen den Geſchwiſtern nur dann zu klagen geſtattet ſei, wenn das Teſtament verächtliche Erben rufe. Dennoch reichen dieſe Beweiſe für die Beſtimmung der Entſtehungszeit jenes Satzes nicht aus. Was die Inſtitutionen betrifft, ſo konnten deren Verfaſſer die beiden Verordnungen Conſtantin's (l. 1. l. 3 C. Th. citt.), die man in der Praxis als Beweis für den Rechtsſatz anführen mochte, irrig für deſſen Quelle anſehen. Zudem beſteht die Möglichkeit, daß ſchon ältere Kaiſerconſtitutionen den gleichen Grundſatz ausſprachen.

Die l. 1 C. Th. cit. ſtellt drei Erforderniſſe auf: agnatiſche Verwandtſchaft der Geſchwiſter — Fortdauer der Agnation — Verächtlichkeit der Erben; die Annahme, daß damit durchweg etwas Neues beſtimmt werde, erſcheint nicht geboten. Wie wenig brauchbar endlich die l. 1 D. cit. und l. 21 C. J. cit. bei unſrer geſchichtlichen

[1]) Ohne Bedeutung ſind zwei andre Aeußerungen über die Querel der Geſchwiſter: Ulp. l. 8 § 5 D. h. t. 5. 2 und Antonin. (Carac.) l. 5 C. eod. In beiden Fällen lagen beſtimmte Fragen zur Beantwortung vor, die keine Veranlaſſung darboten, den Umfang jener Pflichttheilsberechtigung näher zu beſtimmen. — Eine Hindeutung auf die Querel des Bruders enthält auch Valer. Max. VII. 8 n. 4.

Frage ſind, zeigt eine weitere, wiederum von Ulpian herrührende Digeſtenſtelle. In l. 24 D. de inoff. 5. 2 bezeichnet es Ulpian als alltägliche Erſcheinung, daß über einen und denſelben mit der Querel verfolgten Anſpruch entgegengeſetzte Entſcheidungen ergingen; er fügt hinzu:

— quid enim si fratre agente heredes scripti *diversi juris* fuerunt?

Die Stelle iſt, wie mir ſcheint, einzig mittelſt der Annahme befriedigend zu erklären, daß die Geſchwiſter die Querel ſchon zur Zeit der claſſiſchen Juriſten nur bei Beſcholtenheit des Teſtamentserben hatten [2]). Dieſe Auffaſſung findet eine ſtarke Stütze an einem analogen Rechtsſatze: wie wir durch Paulus erfahren — l. 3 D. si a parente 37. 12 — ſteigerte ſich der Pflichttheilsanſpruch des Patrons bis zur Höhe der ganzen Erbſchaft, wenn das Teſtament verächtliche Perſonen zu Erben rief [3]). Daß in einer noch früheren Zeit ſelbſt bei der Querel der Kinder (und Eltern) auf die Perſönlichkeit der eingeſetzten Erben Rückſicht genommen wurde, beweiſt Plin. VI ep. 33 c. 5. 6.[4]). — Aus allen dieſen Gründen entſcheide ich mich für die Annahme, daß der angegebene Rechtsſatz ſchon in der claſſiſchen Zeit beſtanden hat.

Wenige Jahre nach l. 1 C. Th. cit. erging eine zweite Conſti-

---

[2]) So bezüglich der geſchichtlichen Frage wie der Auslegung der l. 24 cit. Ad. Schmidt, Pflichtth.-R. S. 150 Anm. 58. Kuntze, Curſ. d. Inſtit. § 907. Grade ſo rückſichtlich jener Frage, doch mit abweichender Erklärung der l. 24 cit., Marezoll, bürgerl. Ehre S. 249—252. Ohne ein Eingehen auf die geſchichtliche Unterſuchung geben bei l. 24 cit. die Auslegung unſres Textes schol. Bas. 39. 1. 20 *Cujac.* rec. sol. in l. 15 D. 5. 2 (VII. 198 f.). — Ueber eine völlig verkehrte Auffaſſung des früheren Rechts bei *Jac. Gothofredus*, comment. ad l. 1 C. Th. cit. vergl. Mühlenbruch **35** S. 340 f. in Anm. 89. — Weitere Litteratur bei Glück VII S. 437 f. (zu l. 24 cit.).

[3]) Auf die Stelle beziehen ſich Marezoll und Schmidt a. d. a. OO. — Unerheblich iſt l. 31 § 1 D. h. t.: die freilich ſehr ungeſchickt gefaßte Aeußerung will wohl nur hervorheben, daß die Querel der Geſchwiſter regelmäßig Einſetzung fremder Perſonen verlangt, nicht ſo die der Kinder und (nur wenig) die der Eltern. Vergl. schol. Bas. **39.** 1 c. 29. Marezoll S. 249—251.

[4]) Eine ſolche allgemeine Berückſichtigung der Perſönlichkeit des Eingeſetzten nimmt bei der Querel der Geſchwiſter noch für die ganze Zeit der römiſchen Juriſprudenz an Francke S. 173 f., beſonders Anm. 4, anſcheinend auch Köppen, Syſt. I S. 125 Anm. 303. Vergl. auch *Schrader* ad § 1 J. de inoff. 2. 18 verb. turpibus personis scriptis.

tution Conſtantin's über die gleiche Pflichttheilsberechtigung, die l. 3 C. Th. eod. Aus beiden iſt dann von den Compilatoren mit mehrfachen Abänderungen, welche im Folgenden hervorgehoben werden ſollen, die l. 27 C. J. de inoff. test. 3. 28 gebildet. Nach l. 3 und l. 27 citt. kann der eingeſetzte Erbe nicht allein dann belangt werden, wenn er eine Ehrenminderung kraft Rechtſatzes erlitten hat (ſ. g. infamia juris), ſondern auch wenn er ohne bekräftigenden Rechtsſatz[5]) nach dem ſittlichen Urtheil der Mitmenſchen wegen einer einzelnen Handlung oder wegen ſeiner ganzen Lebensweiſe als beſcholten gilt. Indem für dieſe zweite Anwendung, die ſ. g. infamia facti, die Ausdrücke turpitudo und levis nota gebraucht ſind, iſt deutlich jeder noch ſo geringe Fall einer Beſcholtenheit unter das Geſetz gezogen[6]). Von Theophilus ad § 1 J. de inoff. 2. 18 werden als Beſpiele genannt die ἡνίοχοι, μίμοι, κυνηγοὶ καὶ οἱ ἀπὸ αἰσχρᾶς μίξεως ἐγνωσμένοι (aurigae sive agitatores, mimi, venatores sive bestiarii et qui ex turpi consuetedine notitiam contraxere)[7]).

Bei der Anwendung dieſer Grundſätze hat man ſich davon leiten zu laſſen, daß die Beſcholtenheit eine durch die ſittlichen Anſchauungen des einzelnen Zeitabſchnitts beſtimmte Thatſache iſt, daß daher jedenfalls auf dem Gebiet der infamia facti das ſittliche Urtheil der Gegenwart den Ausſchlag zu geben hat[8]). Demnach wird man aus der erſten Claſſe der bei Theophilus genannten Perſonen nur herumziehende Bänkelſänger, Gaukler und Seiltänzer der niedrigſten Art hieher ziehen dürfen. Was aber die Perſonen betrifft, die ſich eines Fleiſchesvergehens ſchuldig gemacht haben, ſo iſt zwar mit dem O.-A.-G. zu Lübeck[9]) ein Frauenzimmer, welches Jahre lang das Gewerbe einer in das Polizeiregiſter eingetragenen öffentlichen Buhldirne treibt, als persona infamis der Pflichttheilsklage zu unterwerfen; im Uebrigen aber iſt auf dieſem Gebiet die heutige Praxis eine milde. Das O.-A.-G. zu München (Erk. in Anm. 8) ſchließt

[5]) l. 2 pr. D. de obsequ. 37. 15.

[6]) Vergl. Francke S. 194 f. Marezoll S. 254 f. Savigny, Syſt. II S. 222 f. Vangerow II § 474 Anm. unter 3.

[7]) Zu vergleichen iſt etwa noch die weſtgothiſche interpretatio zu l. 1 C. Th. cit.

[8]) So das Urtheil des O.-A.-G. zu München vom 13. Januar 1868 bei Seuffert, Arch. 23. 151.

[9]) Erk. vom 21. Januar 1854 bei Seuffert 7. 340. Dabei wird hervorgehoben, daß der Makel nur durch restitutio famae zu beſeitigen iſt.

die Klage gegenüber der vom Erblaſſer eingeſetzten Concubine trotz der im Polizeiſtrafgeſetz der wilden Ehe gedrohten Strafe aus; ein Namens des O.-A.-G. zu Jena von den Schöffen zu Halle verfaßtes Urtheil vom 29. März 1836 erklärt unter Verweiſung auf die Grundſätze des canoniſchen Rechts, daß der während der Trauerzeit zwiſchen der Wittwe und ihrem demnächſtigen zweiten Mann vollzogene Beiſchlaf einen Grund zur Zulaſſung der Querel nicht abgebe[10]); — nach dem Urtheil des O.-A.-G. zu Wiesbaden vom 28. Juli 1841 ſoll ſelbſt der ehebrecheriſche Umgang der beklagten ledigen Erbin mit dem verheiratheten Erblaſſer die Eigenſchaft eines verächtlichen Menſchen nicht begründen[11]). — Unbedingt anzuerkennen iſt, daß uneheliche Geburt keinen Makel im Sinne der l. 27 C. cit. darſtellt[12]).

Veraltet iſt die Zulaſſung einer Querel der Geſchwiſter gegen eingeſetzte Freigelaſſene des Erblaſſers[13]), — ferner die Ausſchließung der Querel gegenüber einem als heres necessarius eingeſetzten Sclaven[14]).

Vorhin wurde der Annahme zugeſtimmt, daß die Querel der Geſchwiſter ſchon nach claſſiſchem Recht auf den Fall der Berufung verächtlicher Teſtamentserben beſchränkt geweſen iſt; im Gegenſatz dazu wird man die Ausſchließung der Halbgeſchwiſter von der Mutterſeite von der Zahl der Querelberechtigten als Neuerung der l. 1 C. Th. de inoff. test. 2. 19 betrachten dürfen. Während dieſes Geſetz und in Uebereinſtimmung mit ihm l. 27 C. J. cit. die bezügliche Beſchränkung in Anſehung der berechtigten Subjecte an die Spitze aller Anordnungen ſtellt, iſt von derſelben in den ſämmtlichen voraufgehenden Ausſprüchen der Juſtinianiſchen Geſetzbücher, wie wir ſie bei der Erörterung der erwähnten erſten Frage aufgezählt haben, keine Spur wahrzunehmen, vielmehr werden überall die Geſchwiſter ohne Unterſchied als berechtigt bezeichnet[15]). Den uterini werden

[10]) Seuffert 5. 301. Auch das Eheverſprechen der verheiratheten Frau an den ſpäteren zweiten Mann ſoll nach dieſem Urtheil keine turpitudo erzeugen.

[11]) Seuffert 5. 210.

[12]) Erk. des O.-A.-G. zu Caſſel vom 17. October 1840 (Seuffert I. 91). So auch Francke S. 197 f. Vangerow a. a. O.

[13]) l. 3 C. Th. cit. Die l. 27 C. J. cit. nimmt den Fall aus, wenn der Freigelaſſene ſich um den Erblaſſer wohl verdient machte.

[14]) Vergl. die Stellen der Anm. 13.

[15]) Vergl. dann noch das im § 33 bei Anm. 10 Geſagte. — Den Grund für die Zurückſetzung der uterini ſieht Köppen, Syſt. I S. 126 darin, daß nur Halb-

als zur Querel berufen in l. 1 C. Th. cit. die *germani* fratres, in l. 27 C. J. cit. die *consanguinei* gegenübergeſtellt: grade dieſes Entgegenſtellen lehrt, daß die beiden letzteren Ausdrücke hier gleichbedeutend ſind, daß es lediglich auf das Abſtammen von einem gemeinſamen Vater ankommt, die Abſtammung von derſelben Mutter gleichgültig iſt. Bei dem „germani" der l. 1 C. Th. cit. ergibt ſich dies überdies aus dem daneben ſtehenden Betonen der Agnation; für die gleiche Bedeutung des „consanguinei" in l. 27 C. cit. bieten ſich in den Quellen vielfache Vorkommniſſe[16]). — Conſtantin verlangte ferner Fortdauer der Agnation bis zum Tode des Erblaſſers, — Juſtinian hat dies fallen gelaſſen[17]).

So beſtimmt die beſprochenen Geſetze erklären, daß Halbgeſchwiſtern von der Mutter her Pflichttheilsberechtigung nicht zuſtehe, ſo haben doch nicht wenige ältere Schriftſteller mit Rückſicht auf die Nov. 118, welche im Kap. III verglichen mit Kap. IV die Halbgeſchwiſter ohne Unterſchied in der dritten Erbclaſſe ruft, für das neueſte römiſche Recht das Gegentheil behauptet[18]). Dieſer heutzutage völlig überwundenen Anſicht[19]) ſteht vor Allem entgegen, daß die geſetzliche Erbberechtigung, wenngleich Bedingung der Pflichttheilsberechtigung, doch für deren Daſein keinen Schluß begründet: zum Beweiſe genügt der Hinweis auf das Rechtsverhältniß des ohne volle Wirkung Adoptirten nach l. 10 pr. § 1 C. de adopt. 8. 48[20]). Da-

---

geſchwiſter vom Vater her den gleichen Familiennamen tragen, daher nur ſolche Kinder ſich als Glieder einer und derſelben Familie fühlen. Dieſe Erwägung wird ſchwerlich bei Conſtantin, der ja auf Agnation den Nachdruck legte, wohl kann ſie bei Juſtinian entſcheidend geweſen ſein. Zu leugnen aber iſt, daß ſie bei einem Rechtsinſtitut, welches wie die Querel die Blutsverwandtſchaft betont, berechtigt wäre.

[16]) § 1 J. de legit. agnat. succ. 3. 2: — nec requiritur, an etiam eandem matrem habuerint. Gaj. III. 10. Paul. IV. 8. 15. Ulp. in Collat. XVI. 6 § 1. Dieſelbe Bedeutung hat der Ausdruck beim SC. Tertullianum: Ulp. XVI. 8 § 3. 5 J. de SC. Tertull. 3. 3. — Vergl. Bluntſchli S. 150 f. Francke S. 191 f. Mühlenbruch 35 S. 230 ff. Die beiden letzteren Schriftſteller widerlegen die Anſicht Aelterer, als gelangten vollbürtige Geſchwiſter unbedingt zur Querel.

[17]) Vergl. einerſeits l. 1 C. Th. cit., anderſeits l. 27 C. J. cit.

[18]) Vergl. die litterariſchen Nachweiſe bei Glück VII S. 7 ff. S. 12—14. Francke S. 192.

[19]) Vergl. außer Glück und Francke (Anm. 18) Mühlenbruch 35 S. 230. Arndts a. a. O. S. 637 unter 1. Vangerow II § 474 Anm. unter 3. Windſcheid III § 579 Anm. 3.

[20]) Näheres im § 36, Text hinter Anm. 7 und unter Num. II.

zu kommt, daß Justinian schon im revidirten Codex die Halbgeschwister von der Mutterseite den übrigen Geschwistern für die gesetzliche Erbfolge gleichgestellt hatte[21]), und daß schon mit l. 27 C. cit. für die consanguinei das Erforderniß fortdauernder Agnation beseitigt war. Demnach hat man bestimmt den uterini die Pflichttheilsberechtigung mit vollem Bewußtsein von der damit gegebenen Singularität abgesprochen. Auch in der abgeschwächten Gestalt, wonach die genannten Halbgeschwister wenigstens dann an der Notherbfolge Theil nehmen sollten, wenn andere ihnen in der gesetzlichen Erbfolge gleichstehende Geschwister das Testament mit der Querel umgeworfen hätten[22]), ist die jetzt besprochene Ansicht unhaltbar. Denn der einzelne Notherbe erstreitet nur den eignen gesetzlichen Erbtheil.

Dieselben Fragen, welche soeben für die Halbgeschwister von der Mutter her beantwortet wurden, sind früher mit Rücksicht auf Nov. 118 Kap. 3 bezüglich der Kinder vorverstorbener Geschwister aufgeworfen[23]); die verneinende Antwort ist auch hier außer Zweifel. Hätte Justinian den Geschwisterkindern mit Rücksicht auf die neue Erbfolgeordnung Pflichttheilsberechtigung gewähren wollen, so hätte er dies jedenfalls gegenüber den abweichenden Aussprüchen in Institutionen, Digesten und Codex[24]) ausdrücklich erklärt.

In neuerer Zeit ist eine früher von *Chifletius*[25]) und wenigen andern Schriftstellern aufgestellte Ansicht, wonach den Geschwistern nach römischem Recht gar kein wahres Pflichttheilsrecht zukäme, durch Marezoll[26]) näher begründet. Danach hätten die Geschwister zwar auf die Querel ein Recht, nicht aber auf den Pflichttheil: ihre Berechtigung wäre in Wahrheit ein Ereptionsrecht, begründet dadurch, daß ihnen der Erblasser verächtliche Personen vorgezogen hätte. Die Letzteren, so wird ausgeführt, seien entweder schon nach den Grundsätzen des gemeinen Erbrechts erbunwürdig, oder es liege doch nach den Gesetzen über den Anspruch der Geschwister eine specielle Unwürdigkeit vor: eigenthümlich aber sei, daß die Entziehung des Erb-

[21]) l. 15 § 2 C. de legit. her. 6. 58.

[22]) Vergl. darüber Francke S. 194.

[23]) Vergl. Glück VII S. 6 ff. S. 14—17. Francke S. 193. Mühlenbruch S. 230.

[24]) § 1 J. de inoff. test. 2. 18. l. 1 D. l. 21 C. eod.

[25]) *Claud. Chifletius*, de portionib. legit. lib. singul. cap. XI, in Otto, thesaur. V 738—740.

[26]) Zeitschr. f. Civ.-R. und Proc. I S. 185 ff.

theils durch die Geſchwiſter, und daß ſie mittelſt der Querel erfolge. Aus dieſer Auffaſſung werden auch Conſequenzen gezogen (Marezoll S. 197 f. S. 201 f.): die Geſchwiſter ſollen die Erbtheile der verächtlichen Erben ſogar dann abfordern können, wenn ihnen ſelbſt ſoviel zugewendet iſt, als nach regelmäßigen Grundſätzen der Pflichttheil betragen würde; auch ſollen ſie jene Erbtheile ganz zu beanſpruchen haben, wäre ihnen immer nach den Regeln über die Ergänzungsklage neben dem ihnen ſelbſt Ausgeſetzten weniger zu gewähren.

Dieſe Anſicht iſt zunächſt von Francke[27]), dann mehr als ausführlich von Glück und Mühlenbruch[28]) widerlegt, ſie hat auch ſonſt keinen Anklang gefunden[29]). Zu ihrer Widerlegung genügt, daß die Quellen als Vorausſetzung der Querel, die doch unbeſtritten den Geſchwiſtern gebührt, gerade das bezeichnen, daß dem Berechtigten der Pflichttheil nicht gewährt ſei[30]), — daß die Geſchwiſter nicht allein überall ohne Unterſcheidung neben ſonſtigen Notherben genannt[31]), ſondern in Einer Stelle mit beſtimmten Worten als Perſonen bezeichnet werden, denen unter Umſtänden der Pflichttheil hinterlaſſen werden müſſe[32]), — daß endlich auch der Querel der Geſchwiſter, abweichend von den Grundſätzen über Erbunwürdigkeit, die Wirkung zugeſchrieben wird, den Erblaſſer zu einem intestatus zu machen[33]), demnach mit der Erbeseinſetzung auch die Nebenverfügungen zu beſeitigen.

Daß am Pflichttheilsrecht der Geſchwiſter durch die Novelle 115 nichts geändert iſt, wurde ſchon im § 1 unter I. g. E. angedeutet.

---

[27]) Recht der Notherben S. 198—200.

[28]) Glück's Commentar 35 S. 89—139.

[29]) Vergl. Arndts a. a. O. S. 637 f. unter 3. Vangerow II § 474 Anm. 1 unter 3 a. E. Windſcheid III § 579 Anm. 4.

[30]) § 3 in Verbindung mit § 1. § 6 J. de inoff. test. 2. 18. l. 8 § 8. 9 D. eod. 5. 2.

[31]) pr. § 1 J. eod. l. 1 D. l. 21 C. eod.

[32]) Nov. 1 praef. § 2. — Die Art, wie Marezoll S. 198 f. ſich mit der Novelle abzufinden ſucht, wird dem Inhalt des Geſetzes nicht gerecht.

[33]) l. 24 D. h. t. Hier muß Marezoll ſelbſt anerkennen (S. 215 und 217), daß die Grundſätze über Erbunwürdigkeit nicht feſtgehalten werden.

§ 36.

II. Weitere ſubjective Vorausſetzungen der Pflichttheilsberechtigung*).

I. Damit Jemandem Pflichttheilsberechtigung zugeſchrieben werden könne, muß er ſelbſtverſtändlich erbfähig ſein. Für einen früheren Zeitpunkt als den des Todes des Erblaſſers iſt die Fähigkeit nicht zu fordern: iſt ſie zu dieſer Zeit vorhanden, ſo iſt damit auch der Anſpruch auf Bedenkung begründet[1]). Von hier ab aber muß ſie bis zum Erwerb der Erbſchaft durch den Notherben fortdauern[2]).

II. Zu fordern iſt ferner geſetzliche Erbberechtigung, dieſe aber als nächſte Berechtigung beim vorliegenden Erbfalle. Um das Verhältniß dieſer Erbberechtigung zum Pflichttheilsanſpruch näher zu beſtimmen, unterſcheiden wir die Querel und die Ergänzungsklage. Mit der querella inofficiosi testamenti ſucht der Notherbe Genugthuung gegenüber der ihm durch ſeine ungerechtfertigte Ausſchließung von der Beerbung zugefügten Kränkung: die Genugthuung wird ihm zu Theil, indem ihm durch die richterliche Reſciſſion des Teſtaments die Möglichkeit gewährt wird, die geſetzliche Erbberechtigung zur Geltung zu bringen. Hiernach hat Letztere für die Querel eine zweifache Bedeutung. Sie iſt

a. Theil des Rechtsgrundes der Klage. Soll Kränkung durch Ausſchließung von der Erbfolge angenommen werden, ſo muß es gewiß ſein, daß der Notherbe ohne den letzten Willen zur Erbfolge gelangt wäre, daß ihm ſomit jene nächſte Erbberechtigung zuſtand[3]).

---

*) Francke S. 174—177. S. 202—206. Mühlenbruch 35 S. 140—154. S. 232—236. Arndts II S. 602—604 unter 1 und 2. Vangerow II § 474 Anm. 2.

[1]) Zu verweiſen iſt auf die analoge l. 3 § 10 D. de B. P. co. tab. 37. 4. (Ulp.) Liberi, qui institui heredes jure non possunt, nec contra tabulas bonorum possessionem petere possunt. haec autem verba „institui non possunt“ ad mortis tempus referuntur.

[2]) Arg. § 4 J. de hered. qual. 2. 19. l. 49 § 1 D. de her. inst. 28. 5. — Der Satz des Textes gilt für die Querel, nicht für die Ergänzungsklage. Iſt auch anzuerkennen, daß Letztere als Forderung gegen die Teſtamentserben vor deren Erbſchaftserwerb nicht entſteht (ſ. unten § 39 unter III. b.), ſo iſt doch ſchon vom Tode des Erblaſſers an ein Anſpruch auf Ergänzung begründet, der ohne Weiteres auf die Erben des Notherben übergeht. So l. 34 C. h. t.; dazu unſern § 58 bei Anm. 35.

[3]) Ulp. l. 6 pr. D. de inoff. 5. 2. Postumus *inofficiosum* testamentum *potest dicere eorum, quibus suus heres vel legitimus potuisset fieri,* si in utero

b. Eine natürliche Auſchauung wird ferner in der Ermöglichung der geſetzlichen Erbfolge den Zweck der Klage erblicken. Indem aber das römiſche Recht bei der Ausbildung der Querel das Merkmal der dem Erben widerfahrenen Kränkung (injuria) betont hat, iſt die für die Kränkung zu gewährende Genugthuung mindeſtens äußerlich zum Zweck des Anſpruchs erhoben, die vorhin erwähnte Durchſetzung der geſetzlichen Erbberechtigung iſt herabgedrückt zum Mittel, welches zur Erreichung des Zweckes führen ſoll[4]).

Auch im Rechtsgrunde der Ergänzungsklage tritt die geſetzliche Erbberechtigung auf, und auf der Grundlage von dieſer beſtimmt ſich der Gegenſtand des Anſpruchs: die Klage findet ſtatt, weil dem Notherben der im Pflichttheil gegebene Bruchtheil des geſetzlichen Erbtheils nicht voll zu Theil geworden iſt, und ſie geht auf Erfüllung des Pflichttheils[5]).

Von der hiernach aufzuſtellenden Regel, daß kein Pflichttheilsanſpruch ohne nächſte geſetzliche Erbberechtigung ſtattfindet, macht die bei der Querel geltende Succeſſion unter den hinter einander ſtehenden Notherben eine Ausnahme.

Jener Regel gemäß wird nicht allein im Allgemeinen der Aſcendent durch den Deſcendenten[6]), nach dem Recht des SC. Tertullianum die Mutter durch den Bruder ausgeſchloſſen[7]), ſondern es ſteht

---

fuerit mortis eorum tempore: sed et cognatorum, quia et horum ab intestato potuit bonorum possessionem accipere. — l. 6 § 1 cit. Si quis ex his personis, *quae ad successionem ab intestato non admittuntur*, de inofficioso egerit — et casu optinuerit, non ei prosit (proficit? Hal.) victoria —. Dazu die Stellen, welche als den geſchuldeten Pflichttheil den vierten Theil des geſetzlichen Erbtheils bezeichnen: § 6 J. de inoff. test. 2. 18. l. 8 § 6. 8 D. eod. l. 1 C. Gr. eod. Haen. col. 18. l. 8 pr. C. eod. 3. 28. l. 20 pr. C. de collat. 6. 20. Nov. 1 Kap. 1 § 1.

[4]) Vergl. die Ausführungen im Eingang des § 46 über die Verwendung der Begriffe der Kränkung und der Genugthuung zur Begründung der Klage. — Wegen des meiſt mit der Querel verbundenen Anſpruchs auf den geſetzlichen Erbtheil: l. 8 § 8. l. 17 pr. l. 19. l. 27 § 3 D. de inoff. 5. 2.

[5]) § 3 J. de inoff. 2. 18. — sin vero quantacunque pars hereditatis vel res eis fuerit relicta, — id quod eis deest usque ad quartam legitimae partis repletur. — Justin. l. 31 C. eod.: — quod deest legitimae portioni, id est quartae parti ab intestato successionis, — repleatur —.

[6]) Papin. l. 14 D. eod.: — in quaestione de inofficiosi testamenti *praecedente* causa filiorum patris intentio adhuc pendet —.

[7]) Constantin. l. 2 C. Th. eod. 2. 19: — ut testamento remoto matri

auch dem nächſten Aſcendenten der wenngleich nicht zu den Notherben zählende minus plene Adoptirte, nach Novellenrecht dem Halbbruder von der Vaterſeite der von einem verſtorbenen vollbürtigen Bruder hinterlaſſene Sohn, der doch abermals nicht Notherbe iſt, im Wege.

Der Satz, daß die Pflichttheilsberechtigung durch geſetzliche Erbberechtigung bedingt iſt, findet ſich ſchon in den Baſilikenſcholien[8]; heutzutage wird er allgemein anerkannt[9]. Durch das patronatiſche Pflichttheilsrecht wird er beſtätigt. Wie der Patron durch die naturales liberi des Freigelaſſenen von der geſetzlichen Erbfolge ausgeſchloſſen wird, ſo fällt ſeine Pflichttheilsberechtigung weg, wenn einer dieſer Deſcendenten zu Erbfolge gelangt[10]. Wie umgekehrt das Edict dem Patron zur Erweiterung ſeiner geſetzlichen Erbberechtigung eine bon. poss. dimidiae partis gegenüber den sui non naturales ertheilt, ſo vertreten, wie bemerkt, der patronatiſchen bon. poss. contra tabulas nur die *naturales* liberi des Freigelaſſenen den Weg. (Vergl. die Stellen der Anm. 10). Die Beſtimmung der lex Papia Poppaea, daß ein Freigelaſſener, welcher mindeſtens 100,000 Seſtertien im Vermögen hat, dem Patron ſelbſt dann einen Kopftheil hinterlaſſen muß, wenn bei ſeinem Tode weniger als drei Kinder vorhanden ſind, gilt gleichmäßig für die geſetzliche wie für die Pflichttheilsberechtigung[11]. Dieſe ſteht zu dem Patron, der Patronin und deren Kindern; unter ihnen entſcheidet, wie nach geſetzlichem Erbrecht, unbedingt Gradesnähe[12]. Endlich treffen auch Juſtinian's Reformen der Erbfolge in das Vermögen Freigelaſſener (l. 4 C. de bon. libert. 6. 4 verglichen mit § 3 J. de success. libert. 3. 7) in gleicher Weiſe das geſetzliche wie das Notherbenrecht[13]. — In der

---

successio deferatur, *si tamen defuncto consanguinei adgnati non sunt superstites* —.

[8]) Bas. **39**. 1. 6. schol. 1.

[9]) Vergl. Glück VII S. 3 f. 18 f. 370 f. Francke S. 174 f. 202. Mühlenbruch **35** S. 140—145. Arndts S. 603 Num. 2. Brinz Abth. II S. 790. 839. Vangerow II § 474 Anm. 2. Windſcheid III § 579 a. E.

[10]) Gaj. III. 41. Ulp. **29**. 1.

[11]) Gaj. III. 42. § 2 J. de succ. libert. 3. 7.

[12]) Ulp. **27**. 2. 3. l. 2 § 2. l. 5. l. 23 § 1 D. de bon. libert. 38. 2. (Juſtinianiſches Recht: § 3 J. de success. libert. 3. 7. l. 4 § 14. 19 C. de bon. libert. 6. 4).

[13]) Vergl. Schmidt, Pflichttheilsrecht S. 28—31 und zu dem Voraufgehenden denſ. S. 7. 13 f. unter d. S. 15 f.; S. 2. 35. 37.

nämlichen Weise erweist sich die Pflichttheilsberechtigung des parens manumissor von der gesetzlichen Erbberechtigung desselben abhängig. In dieser Hinsicht darf ich auf die Ausführungen im § 32 unter III. B. Bezug nehmen[14]).

III. Wenn nach den Ausführungen unter II die Pflichttheilsberechtigung durch die gesetzliche Erbberechtigung bedingt erscheint, so darf doch nicht aus dem Vorhandensein der Letzteren auf Pflichttheilsberechtigung geschlossen werden[15]). Der Entwicklungsgang des materiellen Notherbenrechts ist großentheils ein selbständiger gewesen. Bei diesem begegnen die drei großen Classen der Descendenten, Ascendenten und Geschwister schon in der classischen Zeit, — einer Zeit, wo die Personen der zwei letzten Classen im civilen wie prätorischen Intestaterbrecht noch ungesondert neben einander und neben entfernteren Seitenverwandten stehen. Alle drei Classen aber betonen in ausgedehntestem Maße das Princip der Blutsverwandtschaft[16]), zumal wenn unsre Vermuthung Recht hat (S. 261 f.), daß ursprünglich alle cognatischen Geschwister pflichttheilsberechtigt waren. — Hiernach kann es nicht befremden, wenn sich schon aus der Zeit der römischen Juristen Beispiele aufweisen lassen, bei welchen zwei mit einander verglichene Personen im gesetzlichen Erbrecht anders zu einander stehen, als im Pflichttheilsrecht. So stand die Mutter auch nach dem SC. Tertullianum, der Vater wenigstens dann, wenn er sich blos auf die B. P. Unde cognati berufen konnte, bei der gesetzlichen Erbfolge hinter den agnatischen Geschwistern: dennoch hatten die beiden Eltern unbedingt, die Geschwister blos unter der Voraussetzung Pflichttheilsberechtigung, daß ihnen eine verächtliche Person vorgezogen war[17]). Fälle aus dem neuesten Recht, in welchem eine Person ohne materielle Notherbenberechtigung in der gesetzlichen Erbfolge vor einem Notherben steht, sind im Text unter II hinter Anm.

[14]) Vergl. Schmidt S. 153—170.

[15]) Davon Glück S. 8 ff. Francke S. 175—177. Mühlenbruch S. 145 f.

[16]) Es braucht nur wiederholt zu werden, daß unter den pflichttheilsberechtigten Descendenten nicht allein die liberi aus dem System der bonor. possessio begriffen sind, — Personen, bei welchen zum Mindesten das Merkmal der fingirten Suität vorliegen mußte, — sondern neben Solchen auch die Nachkommen, welche sich nur auf Abstammung von Frauen oder durch Frauen berufen konnten, sowie nach unsrer Annahme die in der Adoptivfamilie stehenden Descendenten.

[17]) Darauf und auf ähnliche Vorkommnisse macht aufmerksam Francke S. 176 f.

7 (S. 267) beſprochen. Beſtimmt dagegen darf der Satz aufgeſtellt werden, daß das Rangverhältniß unter den pflichttheilsberechtigten Perſonen ſich nach deren Stellung in der geſetzlichen Erbfolge regelt. Das Gegentheil iſt vielfach und noch in unſrer Zeit bezüglich der Geſchwiſter behauptet, indem man dieſe erſt hinter den Aſcendenten hat zulaſſen wollen[18]). Indeſſen fehlt es einer ſolchen Annahme an einem ſtichhaltigen Grunde. Daß der Anſpruch der Geſchwiſter an eine beſtimmte geſetzliche Vorausſetzung geknüpft iſt, — die Einſetzung eines beſcholtenen Erben, — fällt nicht in's Gewicht: trifft die Vorausſetzung nach Inhalt des Teſtaments zu, ſo iſt eben die Pflichttheilsberechtigung begründet. Und ſobald dieſe vorliegt, müſſen die Geſchwiſter in dem ihnen nach geſetzlichem Erbrecht gebührenden Range zur Querel gelangen: denn dieſe will die geſetzliche Erbfolge herbeiführen. In der That zeigt l. 2 C. Th. de inoff. test. 2. 19, daß das römiſche Recht dieſen Satz conſequent durchgeführt hat: wo die Geſchwiſter in der geſetzlichen Erbfolge vor einem Aſcendenten ſtanden, ſchloſſen ſie dieſen von der Querel aus[19]). — Die vorgetragenen Sätze entſprechen der herrſchenden Anſicht[20]).

Viel Gewinnendes hat es, wenn geſagt wird, nach neueſtem Recht könne es nicht zu einer Querel der Geſchwiſter kommen, ſobald neben dieſen Aſcendenten verletzt ſeien und Letztere auf Grund der Nov. 115 die Erbeseinſetzung vernichten[21]). In Folge dieſer Reſciſſion gelangen ja ohne Zweifel auch die Geſchwiſter zur geſetzlichen Erbfolge; ſoweit aber ein ſolcher Weg offen ſteht, kann die Querel ihrer ſubſidiären Natur wegen nicht zur Hand genommen werden. Nur möchte ich eine Einſchränkung jener Annahme empfehlen. Auf Grund der Nov. 115 erlangt der Notherbe blos die Beſeitigung der Erbeseinſetzung, ſonſtige Nebenverfügungen, wenn ſie auch wie die

---

[18]) So zuletzt Glück VII S. 10. 11 f. S. 377. Bluntſchli S. 260 f. Puchta, Pand. § 488 Anm. g.

[19]) Vergl. wegen der l. 2 C. Th. cit. den § 34 Anm. 20 und den Text dazu. — Nicht entgegen ſteht l. 14 D. h. t.: vergl. zu der Stelle Francke S. 204 f. Mühlenbruch S. 235 f.

[20]) Francke S. 203—206. Mühlenbruch S. 232—236. Arndts S. 639 unter 6. Vangerow § 474 Anm. 2 unter 2. Windſcheid § 579 Anm. 8. Köppen, Grundriß S. 49 unter 3.

[21]) So Bluntſchli S. 260. Arndts a. a. O. — (Die Beantwortung dieſer Frage muß wegen des Zuſammenhangs derſelben mit der vorigen ſchon hier erfolgen.)

Vermächtniſſe dem Notherben läſtig ſind, bleiben beſtehen. Bei der Querel dagegen werden auch dieſe hinfällig. Nun iſt nicht zu erkennen, warum die vom Erblaſſer übergangenen Geſchwiſter dieſes Anrechts, auf Höhe ihrer geſetzlichen Erbtheile in Anſehung der Vermächtniſſe entlaſtet zu werden, lediglich wegen der Concurrenz anderer Notherben verluſtig gehen ſollten. Man muß daher beim Vorhandenſein ſolcher läſtiger Verfügungen an erſter Stelle die Querel der Geſchwiſter gegen den Teſtamentserben für zuläſſig erklären: ihre ſubſidiäre Natur ſteht nicht im Wege, da ſie mehr gewährt, als die bloße Theilnahme an den Vortheilen der von den Aſcendenten ausgehenden Reſciſſion der Erbeseinſetzungen. Indeſſen würden die Teſtamentserben, die doch die Hinfälligkeit ihrer Einſetzungen in Folge Vorgehens der Aſcendenten zu erwarten haben, ſchwerlich den Streit über die Querel der Geſchwiſter aufnehmen, ein Contumacialbeſcheid aber wäre den Vermächtnißnehmern gegenüber unwirkſam. Daher muß den Geſchwiſtern auch geſtattet ſein, falls ſie auf jenem Wege ein die Vermächtnißnehmer bindendes Erkenntniß nicht erlangen, die Frage der Liebloſigkeit des letzten Willens gegenüber den Vermächtnißnehmern ſelbſt — durch Gegenangriff, im Nothfall durch ſelbſtändige Klage — zum Austrag zu bringen. Daß dies der Natur der Querel entſpricht, hoffe ich im § 48 zu zeigen.

IV. Feſtzuſtellen iſt hierbei noch, nach welchem Zeitpunkt es ſich entſcheidet, wer im einzelnen Fall vermöge ihm zukommender nächſter geſetzlicher Erbberechtigung als pflichttheilsberechtigt zu gelten hat. Gemeinhin bleibt dieſe Frage unberückſichtigt.[22]). Mühlenbruch bemerkt[23]) — im Gegenſatz zu dem Satze, daß bei Lebzeiten des Erblaſſers von einer Erbberechtigung nicht zu reden iſt —, es entſcheide darüber, wer Inteſtat- und Notherbe ſei, ſtets die Zeit des Anfalls der Erbſchaft. Verwieſen wird auf den § 6 J. de

[22]) So findet ſich bei Francke nun folgende etwa hieher zu beziehende Bemerkung (S. 202): unter denen, welche wirklich Pflichttheilsberechtigung haben, ſeien die Regeln der Inteſtaterbfolge entſcheidend; Niemand habe Pflichttheilsrecht, welcher nicht im einzelnen Fall zur Erbfolge geſetzlich berufen ſei. Soll dieſe zunächſt auf die Ordnung der Notherben bezügliche Bemerkung zugleich den für die Beſtimmung des Berechtigten maßgebenden Zeitpunkt bezeichnen, ſo wäre darin der im Text beſprochene Gedanke von Mühlenbruch zu finden. Aehnlich wie Francke ſpricht ſich Arndts aus, S. 638 zu Anf. von 6.

[23]) Fortſ. 35 S. 228.

legit. agnat. succ. 3. 2, wo ſich nur der bekannte Satz der geſetzlichen Erbfolge findet: wer nächſter Agnat iſt, beſtimmt ſich beim Nichtvorhandenſein eines Teſtaments nach dem Augenblick des Todes des Erblaſſers, — bei vorliegendem Teſtament nach dem Zeitpunkt, in welchem dieſes deſtitut wird [24]). Hätte man von dieſem Grundſatz in unſerm Falle Gebrauch zu machen, ſo müßte wohl für die Beſtimmung des Pflichttheilsberechtigten der Zeitpunkt maßgebend ſein, in welchem durch richterliches Erkenntniß das einſtweilen in Geltung ſtehende Teſtament reſcindirt wird; erſt dann kann doch von einer Delation der geſetzlichen Erbfolge geſprochen werden. Allein eine ſolche Annahme iſt ſchlechthin unzuläſſig, unbedingt muß doch ſchon im Augenblick der Erhebung der Querel die Perſon des (klagenden) Pflichttheilsberechtigten gegeben ſein. — Jener Satz, daß die Delation der geſetzlichen Erbfolge durch die Querel vermittelt wird, iſt im § 52 unter I auszuführen.

Die richtige Anſicht bezüglich unſerer Frage hat Ad. Schmidt ausgeſprochen [25]): nach ihm entſcheidet hier wie bei der bon. poss. contra tabulas des Patrons für die Beſtimmung der Perſon des Pflichttheilsberechtigten der Zeitpunkt des Todes des Erblaſſers. Schmidt hat einen Beweis für die Querel nicht unternommen: mir ſtehen die nachfolgenden Beweismittel zu Gebote. Vor Allem die l. 34 C. de inoff. test. 3. 28 von Juſtinian. Hier heißt es im Eingang: ſtirbt ein enterbter Sohn mit Hinterlaſſung eines Kindes während der Zeit, wo der vom Vater eingeſetzte Erbe deliberirt, hat auch der Sohn keine Entſcheidung wegen der Erhebung der Querel getroffen und dieſe nicht präparirt, ſo gewährt das ſeitherige Recht dem Kinde keine Hülfe. „Denn der Vater hat demſelben, da er verſtorben, „keinerlei Berechtigung gegenüber dem (großväterlichen) Teſtament „übrig gelaſſen: einmal iſt demnächſt“ — ſo ſetzt der Kaiſer voraus — „die Antretung der Erbſchaft durch den eingeſetzten Erben erfolgt“

[24]) Vergl. § 1 J. eod. Gaj. III. 13. l. 2 § 5. 6 D. de suis 38. 16; § 7 J. de hered. quae ab intest. 3. 1 Paul. IV. 8. 11. Paul. l. 9 § 2 D. de lib. 28. 2: — quoniam haec verba „si intestato moritur“ ad id tempus referuntur, quo testamentum destituitur, non quo moritur.

[25]) Pflichtth.-R. S. 37. Vielleicht iſt es ſchon ein Anklang an jene Anſicht, wenn Glück (VII S. 67 f.) mit Bezug auf die Größe des Pflichttheils bemerkt, für deren Ermittlung habe die Zeit des Todes des Erblaſſers auch inſofern die Richtſchnur abzugeben, als die Zahl der Perſonen in Frage komme, nach welcher ſich jene Größe beſtimme.

(ſo daß der Enkel nicht etwa als geſetzlicher Erbe antreten kann), „zum Andern hat der Vater den Großvater überlebt, „ſo daß das Kind auch nicht auf Grund der lex Velleja in die Stelle „des Vaters“ (durch Quaſiagnation) „einrücken und damit das Teſta„ment vernichten kann [26]).“ An dieſe Einleitung knüpft dann der Kaiſer die Verordnung, daß pflichttheilsberechtigte Deſcendenten unter gewiſſen Einſchränkungen die Querel ohne alle Vorbereitung auf ihre Kinder transmittiren ſollen [27]).

Augenſcheinlich wird hier, mögen immer die Worte: „et supervixit avo pater ejus“ auf das formelle Notherbenrecht gehen, die Querel dem Enkel darum abgeſprochen, weil deſſen Vater den Erblaſſer überlebt hat. Nur der Vater (der Sohn des Teſtator) hatte die Klage; da nun dieſer in der Zeit zwiſchen dem Ableben des Erblaſſers und dem Erbſchaftserwerb des Teſtamentserben verſtorben iſt, ſo muß nothwendig der erſte dieſer beiden Zeitpunkte dafür maßgebend ſein, wer im einzelnen Fall pflichttheilsberechtigt iſt.

Zur Beſtätigung dient l. 10 pr. C. de adopt. 8. 48. Juſtinian hat dargeſtellt, wie unter den claſſiſchen Juriſten eine Meinungsverſchiedenheit darüber beſtand, ob der in der Adoptivfamilie ſtehende Sohn dem leiblichen Vater gegenüber Pflichttheilsberechtigung habe; daran knüpft er die Bemerkung:

— et iterum aliud vitium erat exortum: si enim *post patris naturalis obitum* pater adoptivus per emancipationis modum jura adoptionis dissolvisset, nulla spes ei (sc. filio) remanebat *neque contra patris naturalis voluntatem, quia mortis ejus tempore*

---

[26]) Mit den im Text hervorgehobenen Worten glaube ich den folgenden ungeſchickten Satz der l. 34 C. cit. richtig wiederzugeben: — nec enim pater nepoti aliquod jus, cum decesserit, contra patris sui testamentum dereliquit, quia postea et adita est ab extraneo hereditas, et supervixit avo pater ejus, ut neque ex lege Velleja possit in locum patris sui succedere et rescindere testamentum. — Unrichtig erklärt *Accursius*, glo. dereliquit, die Worte „quia postea et adita est ab extraneo hereditas“ dahin: der Sohn habe, da er vor dem Antritt des eingeſetzten Erben verſtorben, die Querel nicht präpariren und ſo ſeinem Kinde kein Querelrecht hinterlaſſen können. Dafür ſoll l. 36 § 2 C. eod. beweiſen, die doch grade das Gegentheil ausſpricht.

[27]) Von dieſer Beſtimmung ſpreche ich im § 56 unter II; von der Frage, wie es kommt, daß das Geſetz eine successio in querellam nicht annimmt, iſt im § 52 unter II bei Anm. 28 zu reden.

in aliena fuerat familia constitutus, neque contra adoptivum patrem. —

Man ſieht, ausgegangen wird davon, daß über die Zuſtändigkeit der Querel — von dieſer iſt unmittelbar zuvor geſprochen — der Zeitpunkt des Todes des Erblaſſers entſcheidet. Auch l. 2 C. Th. de inoff. test. 2, 19 wird als Beweismittel benutzt werden dürfen. Die Mutter ſoll, wenn nicht ein gerechter Grund ihrer Ausſchließung ermittelt wird, das Teſtament des Sohnes mit der Querel umſtürzen dürfen, si tamen defuncto consanguinei agnati non sunt *superstites*. Indem hervorgehoben wird, es ſei vorausgeſetzt, daß nicht agnatiſche Brüder den Erblaſſer überlebt haben, wird auf die Zeit des Todes des Letzteren als den für die Feſtſtellung der querelberechtigten Perſonen maßgebenden Zeitpunkt hingewieſen.

Die Beweiſe, welche hiernach die Quellen bei der Querel ſelbſt an die Hand geben, werden verſtärkt durch das Recht der bon. poss. contra tabulas des Patrons. Man hat Schmidt[28]) darin beizuſtimmen, daß nach patronatiſchem Pflichttheilsrecht die Frage der nächſten Berechtigung ſich nach dem Augenblick des Todes des Freigelaſſenen entſchied. Zwar die l. 2 § 1. D. de bon. libert. 38. 2 für ſich allein würde dafür wenig beweiſen, aber der Satz findet ſeine volle Beſtätigung durch l. 5 pr. l. 16 § 11. D. eod.[29]).

Die Bedeutung des jetzt entwickelten Satzes iſt die, daß durch denſelben die vom objektiven Recht an den Erblaſſer gerichtete Anfor-

---

[28]) A. a. O. S. 37 f.

[29]) Die l. 2 § 1 cit. von Pomponius ſagt: Sed si patronus *heres institutus* vivo liberto decessisset superstitibus liberis, quaesitum est, an illi contra tabulas testamenti bonorum possessionem petere possint: et eo decursum est, *ut mortis tempus, quo defertur bonorum possessio*, spectari debeat, an patronus non sit, ut, si sit, ex prima parte edicti liberi ejus bonorum possessionem petere non possint. Freilich beſtätigt dieſer Ausſpruch den Satz des Textes, aber er verlegt gleichzeitig die Delation der bonor. possessio auf denſelben Zeitpunkt, und man wird dabei nach dem ganzen Zuſammenhange wenn nicht ausſchließlich, ſo doch zugleich an die den Kindern des Patrons zukommende bon. poss. *contra tabulas* denken müſſen. Iſt dies richtig, ſo ſteht Pomponius im Widerſpruch mit der ſonſtigen Lehre der Quellen, nach welcher dieſe bon. possessio erſt mit der Antretung der Teſtamentserben deferirt wird. (Vergl. namentlich l. 3 § 5. 12. l. 36. l. 42 § 1 D. de bon. libert. 38. 2. Nach Ulp. l. 3 § 12 cit.: — et *magis* est, ut aditae hereditatis tempus spectetur — ſcheint auch der Satz nicht allezeit außer Streit geweſen zu ſein.) Unter ſolchen Umſtänden würde bei unſrer Frage auf den vorliegenden Ausſpruch allein kein Gewicht gelegt werden können.

derung einer Berücksichtigung seiner Notherben genau bestimmt wird. Der Erblasser thut dem Pflichttheilsrecht Genüge, wenn er diejenigen seiner Blutsverwandten im Testament bedenkt, welche zur Zeit seines Todes die nächste materielle Notherbenberechtigung haben. Aber es ist dazu das dem Wesen des Pflichttheilsrechts entsprechende Bedenken nöthig: die bloße, wenngleich gerechtfertigte Ausschließung der nächsten Notherben befreit den Erblasser nicht von der Nothwendigkeit, die hinter diesen stehenden Pflichttheilsberechtigten zu bedenken, da diese nun gemäß den Grundsätzen von der Succession bei der Querel den Pflichttheil zu verlangen haben[30]). Den Beweis liefert das patronatische Pflichttheilsrecht[31]).

Durch den jetzt dargestellten Grundsatz wird die Frage angeregt, ob sich dem Notherben mit dem für seine Berechtigung maßgebenden Zeitpunkt des Todes des Erblassers die Möglichkeit darbietet, seine Pflichttheilsberechtigung geltend zu machen, damit insbesondere den ihr entsprechenden Erwerb der Erbschaft seinen Erben zu sichern. Von dieser Frage handle ich theils in Anknüpfung an das Verhältniß der Querel zur Delation und zum Erwerb der Erbschaft (§ 52), theils bei der Darstellung der Mittel, den an sich mit dem Tode des Notherben eintretenden Untergang der Querel zu verhüten. (§ 56 unter II).

Zweiter Theil: Ungerechtfertigte Ausschließung vom Pflichttheil.

§ 37.

A. Begriff und Umfang des Pflichttheils*).

Für die dem Erblasser durch das materielle Notherbenrecht auferlegte Verpflichtung, seine im gegebenen Fall pflichttheilsberechtigten Verwandten letztwillig zu bedenken, besteht ein bestimmtes, vom Recht

30) Davon ist im § 53 unter II zu handeln.

31) l. 2 § 1 D. de bon. libert. 38. 2 (in Anm. 29). Arg. Gaj. l. 5 pr. eod. Libertinus, qui patronum patronique liberos habet, si patronum ex parte debita heredem instituit, liberos ejus in eandem portionem substituere debet, ut, licet patronus *vivo liberto* mortuus fuerit, satisfactum videatur liberis ejus.

*) Francke S. 206—226. Mühlenbruch 35 S. 236—270. Arndts II S. 604—609. Num. 5—8. Vangerow II § 475. Windscheid III § 580.

geordnetes Maß: dieſes zeigt der Pflichttheil an[1]). Letzterer iſt der Theil des Vermögens, welchen der Erblaſſer dem Notherben zuwenden muß, um dem materiellen Notherberecht zu genügen, — gleichviel ob er es durch Erbeseinſetzung thut, oder durch Vermächtniß, Schenkung auf den Todesfall oder in ſonſt zuläſſiger Weiſe[2]). Die Bezeichnung des Pflichttheils wird von den römiſchen Juriſten wie in den Kaiſerconſtitutionen mit Vorliebe von dem Umſtande hergenommen, daß derſelbe den vierten Theil des geſetzlichen Erbtheils bildet: er heißt quarta[3]), quarta portio oder pars[4]), quarta debitae (debitae ab intestato) portionis[5]), quarta legitimae partis[6]), quartae portionis portio[7]), quarta bonorum pars[8]), quarta pars (portio) ab intestato successionis[9]), legitima[10]), legitima portio oder pars[11]), debitum bonorum subsidium[12]), auch Falcidia[13]). Das erwähnte Maß des vierten Theils des geſetzlichen Erbtheils lehnt ſich ohne Zweifel an das Falcidiſche Geſetz an: die von dieſem dem Erblaſſer allen Notherben gegenüber in Anſehung von drei Viertheilen des Vermögens gewährte Legirfreiheit mußte von ſelbſt dahin führen, daß man dem

---

[1]) Begriffsbeſtimmungen bei Glück VII S. 20. Marezoll in Linde's Zeitſchr. I S. 190 f. und übereinſtimmend Mühlenbruch 35 S. 112. Brinz Abth. II § 202 im Eing.

[2]) l. 8 § 6. 8. l. 25 pr. D. inoff. 5. 2. § 6 J. eod. 2. 18. l. 35 § 2 C. eod. 3. 28.

[3]) l. 8 § 9. l. 25 pr. D. h. t. 5. 2. Paul. IV. 5. 7. l. 1 C. Greg. h. t. (Haen. c. 14). l. 35 § 2 C. h. t. 3. 28. l. 8 pr. C. de inoff. donat. 3. 29.

[4]) Paul. IV. 5. 7. l. 29. l. 34. l. 36 § 1 C. h. t. 3. 28. l. 1 C. de inoff. donat. 3. 29.

[5]) l. 8 § 8 D. h. t. l. 2 C. de inoff. donat. 3. 29.

[6]) § 3 J. h. t. 2. 18.

[7]) Paul. IV. 5. 6. — Vergl. damit die Benennungen des Pflichttheils eines Theilerben in Vat. fragm. 280. l. 7 C. de inoff. donat. 3. 29. l. 2 C. Greg. h. t. (Haen. c. 14 f.).

[8]) l. 6 C. h. t. 3. 28.

[9]) l. 31 C. eod. l. 20 pr. C. de collat. 6. 20. — Weitläufigere, an die quarta anknüpfende Umſchreibungen in l. 8 § 6 D. h. t. l. 8 pr. C. h. t. l. 4 C. Th. h. t. 2. 19. l. 1 C. Greg. eod.

[10]) l. 33 C. h. t.

[11]) l. 30 pr. § 2. l. 31. 32. 34. l. 35 § 2. l. 36 pr. § 1 C. h. t.

[12]) l. 5 C. de inoff. donat. 3. 29.

[13]) l. 31 C. h. t. l. 21 C. fam. erc. 3. 36. l. 5 § 3 C. ad leg. Jul. majest. 9. 8. Weiteres über dieſe Bezeichnung bei Bluntſchli S. 163. — Wegen der Ausdrücke beim Pflichttheilsrecht des Patrons Schmidt, Pfl.-Th.-R. S. 63 f.

Notherben nicht mehr als ein Viertel des gesetzlichen Erbtheils als Pflichttheil zugestand.

Justinian sieht in dieser Grenze des Pflichttheils eine unbillige Härte gegen den Notherben, er schreitet daher zu dessen Erhöhung. Nach nov. 18 praef. c. 1. 2 sollen Eltern ihren Kindern, wenn deren Zahl nicht über vier beträgt, mindestens den dritten Theil, — sind die Kinder mehr als vier, mindestens die Hälfte ihres Vermögens hinterlassen. Das Gesetz hat durch seine Fassung mehrfach zu Streit Anlaß gegeben. Zunächst ist man nicht einig darüber, ob die Erhöhung nur für Descendenten gilt, oder nur für Descendenten und Ascendenten, oder endlich für alle Pflichttheilsberechtigten. Die zweite, jedenfalls schlechteste Ansicht hat heutzutage keinen Vertreter[14]: wir dürfen uns ihr gegenüber mit dem begnügen, was wir zur Rechtfertigung der dritten und zur Widerlegung der mit tüchtigen Waffen durch Marezoll vertheidigten[15] ersten Meinung zu bemerken haben. Für die von uns befürwortete, übrigens weitaus herrschende Auffassung[16] sprechen vor Allem die folgenden Worte, mit welchen das Kap. I der Novelle die soeben bezeichnete Anordnung über den Pflichttheil von Descendenten abschließt:

— Hoc observando *in omnibus personis*, in quibus ab initio antiquae quartae ratio de inofficioso lege decreta est.

Diese völlig klare Aeußerung läßt sich nur im Sinne einer Ausdehnung der Erhöhung auf alle Notherben verstehen: eine Beziehung auf die Descendenten im Allgemeinen im Gegensatz der vorher genannten Kinder[17] erscheint als unhaltbare Restriction. Ueberdies zeugt für die Absicht Justinian's, eine Anordnung jenes weiten Inhalts zu treffen, eine Bemerkung in nov. 89 c. 12 § 3. Der Kaiser regelt dort die Frage einer letztwilligen Bedenkung der im Concubinat erzeugten Kinder durch den natürlichen Vater. Für den Fall, wo dieser keine rechtmäßigen Descendenten, wohl aber Ascendenten hinterläßt, soll ihm zwar im Allgemeinen gestattet sein, den

[14]) Vergl. wegen derselben Glück VII S. 28.

[15]) Marezoll, Zeitschr. f. Civ.-R. und Proc. I S. 257 ff. V S. 178 ff. — Frühere Vertreter der Ansicht bei Glück S. 27 Anm. 99.

[16]) Dafür Glück VII S. 27—29. Bluntschli S. 171 f. Mühlenbruch 35 S. 238—256. Francke S. 207—211. Arndts II S. 605 Num. 5. S. 638 Num. 5. Bangerow § 475 Anm. 1 unter 1. Brinz II S. 847. Windscheid § 580 Anm. 2. — Vergl. auch unten Anm. 23.

[17]) So Marezoll in den angef. Abhandlungen.

unehelichen Kindern das Vermögen zuzuwenden, indeſſen wird zu Gunſten der Aſcendenten der Vorbehalt gemacht:

— legitimam eis relinqua(n)t partem, *quam lex et nos constituimus.*

Offenſichtlich iſt hier von der Zuwendung eines beſtimmten Theils des Vermögens die Rede: darum kann mit dem, was der Kaiſer über die von ihm ausgegangene Feſtſtellung dieſes Theils ſagt, unmöglich die durch l. 30 C. de inoff. test. 3. 28 eingeführte Ergänzungsklage oder die angeordnete Beſeitigung von Bedingungen, Befriſtungen oder Beſchränkungen[18]) gemeint ſein; es läßt ſich nur an die Erhöhung des Pflichttheils durch Nov. 18 Kap. I denken. Und wenn Nov. 89 in Nov. 18 eine Steigerung des Pflichttheils der Aſcendenten ausgeſprochen findet, ſo kann ſie dabei nur die oben abgedruckten, von allen und jeden Pflichttheilsberechtigten redenden Schlußworte des Kap. I jenes Geſetzes im Sinne haben. Die entwickelte Auslegung der Nov. 89 findet ſich, wie unten noch zu beſprechen iſt, ſchon bei einem Juriſten des 6. Jahrhunderts, dem Athanaſius.

Gegenüber dieſen Beweiſen erſcheint es unbedenklich als bloße Läſſigkeit des Ausdrucks, wenn Nov. 18 Kap. II bei der Bemerkung, daß abgeſehen von der Steigerung des Pflichttheils die geſetzlichen Vorſchriften über pflichtwidrige Teſtamente unverändert bleiben, nur des gegen Deſcendenten zu erhebenden Vorwurfs der Undankbarkeit gedenkt, nicht aber der Ausſchließungsgründe, welche in der Perſon andrer Notherben vorliegen können. Nicht minder machen wir von dieſer Auslegung bei Nov. 66 Gebrauch, mag es gleich auffallen, daß hier fort und fort die Vorſchrift der Nov. 18 lediglich auf die Feſtſtellung des Pflichttheils der Kinder bezogen wird[19]).

Uebrigens ſtehen bei dieſer Controverſe beiden ſtreitenden Theilen erhebliche Beweisgründe in Aeußerungen byzantiniſcher Rechtslehrer zur Seite. Marezoll's Auffaſſung liegt in klaren Worten vor in Ju-

---

[18]) l. 32. l. 36 pr. § 1 C. de inoff. test. 3. 28. Nov. 18 c. 3. Durch die im Text zurückgewieſene Deutung, verbunden mit der Bezugnahme auf l. 36 § 1 in f. C. de inoff. test. 3. 28, meint Marezoll (I S. 278—281) die Beweiskraft der nov. 89 c. 12 beſeitigen zu können.

[19]) So nov. 66 praef. c. 1 § 1. 2. 3. 4. 5. Marezoll hat auf dieſes Geſetz namentlich im zweiten Aufſatz (V S. 184—187) Gewicht gelegt. Vergl. dann über daſſelbe G. E. Heimbach, Zeitſchr. f. Civ.-R. und Proc. XIII S. 114 f.

lian's Novellenauszug[20]). Ohne Zweifel hat dieſe nach 556 n. Chr. verfaßte Arbeit eines Zeitgenoſſen Juſtinian's erhebliches Gewicht; allein immer bietet uns doch der griechiſche Rechtslehrer nur die eigne Anſicht über den Sinn des Geſetzes, und zudem wird dieſe voll aufgewogen durch zwei entgegenſtehende Ausſprüche. In Bas. 41. 4 (= nov. 1 c. 1) schol. 4 heißt es, der Pflichttheil ſei bei Aſcendenten und Deſcendenten erhöht durch Nov. 18 Kap. 1; ſodann folgt der Zuſatz: ὁμοίως καὶ ἐπὶ ἀδελφῶν. — Den gleichen Satz entwickelt, wenn auch dem Ausdruck nach nur für Aſcendenten, Athanasius Scholiasticus, der unter Juſtin II. lebte, ſomit der Zeit nach bis dicht an Juſtinian hinaufreichte[21]), in ſeinem theilweiſe erhaltenen Novellenauszuge[22]). Wegen des Beweiſes wird unter Anderm, wenn auch nicht in völlig zuverſichtlichem Tone, auf die oben benutzte Nov. 89 verwieſen. — Hiernach iſt allermindeſtens zu ſagen, daß das aus den Aeußerungen der Novellen Juſtinians zu gewinnende, unſrer Anſicht günſtige Ergebniß durch die Vergleichung der Arbeiten griechiſcher Gelehrter nicht geſchwächt wird[23]).

Nur kurz zu erwähnen iſt eine andere, auf die Art der Ermittlung des Pflichttheils bezügliche Streitfrage: in Wirklichkeit beſteht hier heutzutage nach den in der Wiſſenſchaft vorliegenden Aeußerungen (vergl. Anm. 26) kein Streit mehr. Das ältere Recht ermittelt ohne Zweifel den Pflichttheil für jeden Erben geſondert: derſelbe iſt ein Viertel des grade dieſem Erben zukommenden geſetzlichen Erbtheils[24]). Die Nov. 18 Kap. I dagegen verordnet äußerlich dies: den Kindern muß nicht bloß ein Viertel, ſondern der dritte Theil — beim Vorhandenſein von mehr als vier Kindern die Hälfte — des Vermögens hinterlaſſen werden. Iſt damit im Gegenſatz zu jenem früheren Verfahren eine einheitliche Quote

---

[20]) Juliani epit. const. 34 cap. 114 bei Haenel S. 53. — Vergl. Marezoll, Zeitſchr. I S. 258—262.

[21]) Vergl. Rudorff, Rechtsgeſchichte II S. 323. 389.

[22]) *G. E. Heimbach*, anecdota I (1838) p. 98—100.

[23]) Vom Standpunkt der griechiſchen Quellen iſt die herrſchende Anſicht näher ausgeführt durch G. E. Heimbach, Zeitſchr. f. Civ.-R. und Proc. XIII S. 400—413. — Für das Pflichttheilsrecht der Aſcendenten iſt die herrſchende Lehre — mit dem Zeugniß, daß auch die Praxis für ſie ſtreite, — zur Anwendung gebracht im Erk. des A.-G. Celle vom 6. Januar 1871 bei Seuffert, Arch. 25. 143.

[24]) Die Beweisſtellen finden ſich im § 36 Anm. 3 a. E.

für die Geſammtheit der Notherben ausgewieſen[25])? Die Verneinung ergibt ſich mit Beſtimmtheit daraus, daß als einziger Zweck der Novelle die quantitative Verbeſſerung des Pflichttheils bezeichnet (nov. 18 praef. verbunden mit c. 2. nov. 39 c. 1), im Uebrigen das Recht der Querel einfach beſtätigt wird: Nov. 18 Kap. II. Ferner behandelt Juſtinian in einem der Nov. 18 nachfolgenden Geſetz, Nov. 22 Kap. 48, den Pflichttheil noch immer als eine ab intestato pars — filiis relinquenda, während er ſchon in den Inſtitutionen für die damals unzweifelhaft beſtehende distributive Rechnungsweiſe dieſelben Ausdrücke verwendet, deren er ſich nach dem vorhin Bemerkten in Nov. 18 Kap. I bedient[26]). Leicht zu erkennen iſt auch, daß die von der heutigen Lehre abgelehnte Rechnungsweiſe unter Umſtänden dem Berechtigten einen Pflichttheil zuführen würde, der deſſen geſetzlichen Erbtheil noch überſtiege: ſo dem Aſcendenten, der ſich gleich drei Geſchwiſtern des Erblaſſers zu Gunſten eines unbeſcholtenen Teſtamentserben zurückgeſetzt ſieht.

Bevor ich für eine Reihe einzelner Fälle die Anwendung der bisher gewonnenen Grundſätze über die Beſtimmung des Pflichttheils erörtere, erinnere ich mit zwei Worten an das abweichende Recht des patronatiſchen Pflichttheils. Bei Letzterem — und Gleiches iſt vom Pflichttheil des parens manumissor zu ſagen — fehlt der variable, vom geſetzlichen Erbtheil des jedesmaligen Berechtigten abhängige Umfang des Pflichttheils, wie er uns im Obigen entgegentrat: derſelbe ſtellt ſich unwandelbar, auch beim Vorhandenſein einer Mehrheit von Patronen, als ein feſter Vermögenstheil dar[27]).

Jetzt zu den erwähnten einzelnen Fällen: ich theile dieſe nach den leitenden Geſichtspunkten in drei Gruppen. Bei den drei unter I zu beſprechenden Vorkommniſſen (Vorhandenſein von enterbten Notherben — von geſetzlichen Erben ohne Pflichttheilsberechtigung — von Notherben, die bei Lebzeiten des Erblaſſers verzichtet haben) handelt es ſich um Folgerungen aus dem Satze, daß der Pflichttheil eine

[25]) „Collective" — „distributive" Berechnung.

[26]) Nov. 22 Kap. 48. § 7 J. de inoff. 2. 18. — Vergl. Francke S. 211 f., der mit Recht auf die gleiche Rechnungsmethode und die gleich verfängliche Ausdrucksweiſe bei der Falcidiſchen Quart verweiſt, — ferner Vangerow II § 475 Anm. 1 unter 2. Windſcheid III § 580 Anm. 3. Bei beiden Letzteren weitere Stimmen aus der heutigen Litteratur; zahlreiche ältere Anhänger derſelben Meinung bei Glück VII S. 33 f. Aeltere Vertreter der entgegengeſetzten Lehre daſ. S. 43.

[27]) Vergl. § 32, Text bei Anm. 4. 16. 22.

Quote des gesetzlichen Erbtheils ist; — bei den Fällen unter II (Vorhandensein einer armen Wittwe, eines überlebenden Ehegatten, dem eine statutarische Portion zukommt) ist es die Aufgabe, die wahre Bedeutung jenes Satzes Behufs seiner Anwendung zu ermitteln; — die Entscheidung des Falls unter III (Bestimmung des Pflichttheils der Enkel) hat es lediglich mit der Auslegung der Nov. 18 zu thun.

I. Wenn gefragt wird, wie sich der Pflichttheil eines Notherben bestimmt, neben welchem ein zweiter, enterbter Notherbe steht, so ist abzusehen von Vorgängen, bei welchen zwar die Querel für diesen zweiten Notherben begründet ist, deren Geltendmachung aber zufolge Verzichts, Verjährung oder des Todes des Berechtigten unterbleibt. Hiervon ist bei der Accrescenz in Ansehung der Querel zu handeln.

Das bloße Dasein eines enterbten Mitpflichttheilsberechtigten führt zur Minderung des einem andern gebührenden Pflichttheils, indem der Pflichttheil eine Quote des gesetzlichen Erbtheils ist. Denn kam es zur gesetzlichen Erbfolge, so wurde zu dieser auch der Enterbte gerufen. Aus eben demselben Grunde aber ist die Person des Enterbten auch in Ansatz zu bringen, wenn mit Rücksicht auf Nov. 18 Kap. I gefragt wird, ob der Pflichttheil des Notherben ein Drittel oder die Hälfte des gesetzlichen Erbtheils darstellt. Denn ist es wahr, was oben bezüglich der Novelle ausgeführt wurde, daß der Pflichttheil auch jetzt noch Theil des dem einzelnen Notherben gebührenden gesetzlichen Erbtheils ist, so kommt eben die einzelne gesetzliche Erbberechtigung vor dem Pflichttheilsrecht nur in ihrer aus der Concurrenz gleichstehender Intestaterben fließenden Beschränktheit in Betracht: darum ist nicht minder bei der Herabsetzung des gesetzlichen Erbtheils auf ein Drittel oder die Hälfte des ursprünglichen Betrags auf die Zahl der sämmtlichen neben einander stehenden gesetzlichen Erben zu sehen. Und zu diesen hat man auch den Enterbten zu zählen.

Ueber die dargestellten Sätze selbst wird heutzutage nicht gestritten [28]). Fraglich ist nur, ob wir für dieselben ein Zeugniß in den Quellen besitzen. Ein solches scheint in der That (selbstredend abgesehen von der zuletzt besprochenen, erst seit der Nov. 18 Kap. I

[28]) Glück VII S. 121—130 (die Namen Aelterer, die das Gegentheil behaupteten, das. S. 122 Anm. 12). Francke S. 212—215. Mühlenbruch S. 258—261. Arndts S. 606. Vangerow II § 475 Anm. 1 unter 3 a. Windscheid III § 580 Anm. 4 a. E.

möglichen Frage) in l. 8 § 8 D. de inoff. 5. 2[29]) vorzuliegen. Indeſſen iſt einer derartigen Auslegung der Stelle nach dem Vorgang einiger weniger Schriftſteller in unſrer Zeit Francke entgegengetreten, und ſeine Anſicht hat mehrfach Zuſtimmung gefunden [30]). Nach dieſer Meinung will Ulpian nicht angeben, ob bei der Beſtimmung des Pflichttheils, ſondern ob bei der Feſtſtellung des mit der Querel in Anſpruch zu nehmenden Erbtheils auf den Enterbten Rückſicht zu nehmen ſei. Ich glaube nicht, daß das richtig iſt. Entgegen ſteht nicht allein der Eingang der l. 8 § 8 cit. und der Zuſammenhang der Stelle mit § 6 eod., ſondern vor Allem der von den Enkeln handelnde Schlußſatz: hier wie dort iſt vom Pflichttheil die Rede. Francke meint zwar, die Frage, ob der Enterbte bei der Berechnung des Pflichttheils eines Andern mitgezählt werde, würde ganz unnütz ſein, ſie ſei ſchon durch die Anfangsworte der Stelle entſchieden: „quoniam — quarta debitae portionis sufficit ad excludendam querellam.“ Allein die Frage lautet vollſtändig:

— videndum erit an exheredatus partem faciat *qui non queritur*,

und danach hat ſie folgenden Sinn. Da der zweite, exheredirte und überall nicht bedachte Notherbe ſein Recht nicht geltend machte, (ohne übrigens auf die Klage zu verzichten,) ſo machte deſſen gleichfalls enterbter Bruder, dem in eigner Perſon der Pflichttheil zugewendet war [31]), den Verſuch, die den beiden Brüdern als Pflichttheil gebührenden Quoten zuſammenzurechnen und ſo für ſich einen Grund zur Querel zu gewinnen. Das eben wird als unzuläſſig bezeichnet. Beruht doch die Erörterung des Paulus in l. 19 D. eod. auf einer ähnlichen Ueberſchreitung des eignen geſetzlichen Erbtheils auf Seiten des Klägers, und in unſrer Stelle deutet auf das gleiche Verfahren

---

[29]) Ich theile den Ausſpruch Ulpian's hier in der Anmerkung mit: Quoniam autem *quarta debitae portionis* sufficit ad excludendam querellam, videndum erit an exheredatus partem faciat qui non queritur: utputa sumus duo filii exheredati. et utique faciet, ut Papinianus respondit, et si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere. proinde si sint ex duobus filiis nepotes, ex uno plures, tres puta, ex uno unus: unicum sescuncia, unum ex illis semuncia querella excludit.

[30]) Vergl. außer Francke (S. 213—215) Mühlenbruch S. 258 f. Anm. 85. Vangerow a. a. O.

[31]) Auch hier nimmt Francke umgekehrt an, der nicht klagende Bruder ſei genügend bedacht geweſen. Aber offenbar zeigen die Anfangsworte „Quoniam — quarta debitae portionis sufficit ad excludendam querellam“, daß der klagende Notherbe zu ſeinem Theil befriedigt war.

das folgende „et si dicam inofficiosum, *non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere*“ genügend hin [32]).

Nach dieſer Auffaſſung führt in der That die l. 8 § 8 cit. an erſter Stelle aus, der Enterbte ſei bei Ermittlung des Pflichttheils mitzuzählen: es iſt erſt eine Folgerung aus jener Aufſtellung (*et* si dicam cet.), daß in gleicher Weiſe bei der Beſtimmung des in Verbindung mit der Querel in Anſpruch zu nehmenden geſetzlichen Erbtheils zu verfahren ſei.

Was von einem neben dem klagenden Notherben ſtehenden enterbten Pflichttheilsberechtigten gilt, iſt ohne Weiteres auf gleichzeitig vorhandene geſetzliche Erben ohne Pflichttheilsberechtigung zu übertragen: ſo bei vorliegendem notherbrechtlichem Anſpruch eines vollbürtigen Bruders des Erblaſſers auf die Kinder verſtorbener vollbürtiger Geſchwiſter. Ebenſo gilt unſer Satz von Notherben, denen wegen Erbunwürdigkeit die Geltendmachung der Erbberechtigung verſagt wird, es müßte denn das dieſen Entzogene nach Beſchaffenheit des Grundes der Erbunwürdigkeit den Miterben zu gut kommen [33]).

Bei einer letzten verwandten Frage gelangen wir mittelſt eben des Princips, welches uns bisher leitete, zur entgegengeſetzten Entſcheidung. In früherer Zeit ſind die mannigfachſten Meinungen darüber geäußert [34]), ob ein Notherbe, welcher noch gegenüber dem Erblaſſer ſelbſt auf die Erbberechtigung verzichtet hat, bei der Berechnung des Pflichttheils andrer Notherben mitzuzählen iſt, und noch in neuerer Zeit iſt die bejahende Anſicht nicht ohne Vertreter geblieben [35]). Indeſſen hat ſich die herrſchende Lehre mit Recht dafür entſchieden, daß von einem ſolchen Notherben völlig abzuſehen iſt [36]). Zwar das römiſche Recht nimmt Ungültigkeit des Verzichts an: es erſcheint ihm ungehörig, daß dem künftigen Erben durch Vertrag mit dem lebenden Erblaſſer wegen der etwaigen ſpäteren Erbfolge die Hände gebunden werden [37]). Allein nach deutſchem Recht iſt ein gegen

[32]) Die hier vertheidigte Auslegung wird ausgeführt in Bas. **39**. 1. 8 schol. 16 (Stephanus), ſowie bei *Cujac.* rec. sol. in Dig. V. 2 ad h. l. — VII. 181 f. Glück VII S. 422—426.

[33]) Vergl. Mühlenbruch S. 263 ff.

[34]) Angaben darüber bei Glück VII S. 130—137. Francke S. 216 f.

[35]) Zu dieſen gehört Glück VII S. 135 f.

[36]) So Francke a. a. O. Mühlenbruch S. 265—270. Beſeler, deutſch. Priv.-R. II § 161 unter V. Arndts S. 606 a. E. Sintenis II § 196 Anm. 2. Vangerow II § 475 Anm. 1 unter 3 c. Windſcheid III § 580 Anm. 4 a. E.

[37]) l. 16 D. de suis 38. 16. l. 3 C. de collat. 6. 20.

den Erblaſſer bei deſſen Lebzeiten ausgeſprochener Erbverzicht wirkſam wie jeder Erbvertrag [38]). Das freilich darf nicht geſagt werden, daß der Verzicht die Erbberechtigung ſofort zerſtörte [39]): eine ſolche beſteht vor dem Tode des Erblaſſers nicht. Unbedenklich aber hindert der Verzicht das demnächſtige Zuſtandekommen einer Delation an den Verzichtenden, auch wo deren Vorausſetzungen gegeben ſind [40]). Eben darauf gründet ſich die Antwort auf die obige Frage. Weil dem Verzichtenden nicht deferirt wird, würde er bei der geſetzlichen Erbfolge in den Nachlaß des Erblaſſers, deſſen Teſtament von einem andern Notherben angefochten wird, nicht in Betracht kommen. Und wie er den geſetzlichen Erbtheil des Letzteren nicht ſchmälert, ſo übt ſein Daſein keinen Einfluß auf die Berechnung von deſſen Pflichttheil.

Wenn ein Notherbe durch Uebereinkunft mit dem lebenden Erblaſſer auf die Pflichttheilsberechtigung verzichtet, ſo kann darin ein Verzicht auf alle Erbberechtigung liegen. Allein möglich iſt es eben ſo wohl, daß lediglich der Pflichttheilsberechtigung entſagt werden ſoll, und dieſer Fall muß — was gewöhnlich nicht geſchieht — vom vorigen unterſchieden werden. Auch hier wiederholt ſich der Gegenſatz des römiſchen und des heutigen Rechts: nach Erſterem beſteht Ungültigkeit der Willenserklärung [41]), nach deutſchem Recht wirkſamer Erbverzicht [42]). Allein dieſer iſt von beſchränkter Bedeutung: der Verzichtende erklärt nur, daß er gegen ein ihn etwa im Pflichttheil verkürzendes Teſtament ſich nicht auf das Nother-

[38]) Beſeler, Erbverträge II. 2 S. 233 ff., beſonders S. 236. 237.

[39]) Nicht viel beſſer iſt es, wenn Mühlenbruch 35 S. 268 von einer Vernichtung der Hoffnung ſpricht, aus dem Grunde der Beerbung etwas zu erwerben.

[40]) Zur Vergleichung darf das Recht der Acceptilation einer bedingten Forderung herangezogen werden: Papin. l. 77 D. de R. J. 50. 17: — si acceptum feratur ei, qui sub condicione promisit, *ita demum egisse aliquid acceptilatio intellegitur*, si obligationis condicio extiterit. — l. 12 D. de acceptil. 46. 4. Daß hier l. 16 D. de solut. 46. 3 Rückziehung eintreten läßt (Fitting, Rückziehung S. 55), erklärt ſich aus der Natur der bedingten Forderung und iſt nicht auf die künftige Erbberechtigung zu übertragen.

[41]) Paul. IV. 5. 8. Justinian. l. 35 § 1 C. de inoff. test. 3. 28. — Gar nicht hieher gehört die oft in dieſe Lehre eingemiſchte l. 1 § 3 D. si quis a parente 37. 12: ſie erklärt ſich aus dem Weſen der Pflichttheilsberechtigung des parens manumissor: Schmidt, Pflichtth.-R. S. 145 f. bei Anm. 51.

[42]) Erk. des O.-A.-G. zu Roſtock vom 26. Nov. 1863 bei Seuffert, Arch. 20. 150. Erk. des oberſten Gerichtshofs für Bayern vom 18. April 1873, Seuffert Arch. 30. 74. Vergl. auch Holzſchuher, Theorie und Caſuiſtik II (Aufl. II) S. 773 unter 5.

benrecht berufen will[43]); die gesetzliche Erbberechtigung wird nicht aufgehoben. Und darum würde seine Concurrenz den gesetzlichen Erbtheil anderer Erben mit Pflichttheilsberechtigung schmälern: folgeweise ist er mitzuzählen, wenn man für solche andre Erben den Pflichttheil zu ermitteln hat.

II. Nicht völlig ausreichend erscheinen die Erwägungen, die uns unter I geleitet haben, bei den Fällen, wo neben dem Notherben eine Wittwe des Erblassers steht, welche den gemeinrechtlichen Erbanspruch der armen Wittwe zu erheben hat, — oder ein überlebender Ehegatte, dem eine statutarische Portion gebührt.

A. Dem Erbanspruch der armen Wittwe wird grade heutzutage vielfach die Natur einer Erbberechtigung streitig gemacht: nicht wenige Schriftsteller wollen nur von einem gesetzlichen Vermächtniß geredet wissen[44]). Dieser Auffassung ist meines Erachtens bei allen Fällen zu widersprechen, wo die Wittwe nicht durch das Testament des Ehemanns auf ein bloßes Vermächtniß angewiesen ist, und wo sie die Proprietät ihres Antheils, nicht blos — mit Rücksicht auf die aus ihrer Ehe mit dem Erblasser entsprungenen Kinder — den Nießbrauch erhält[45]). Daß der Ausdruck der Nov. 53 im Grunde nur die Annahme einer wirklichen Erbberechtigung gestattet, ist oft genug hervorgehoben. Nicht allein heißt es in cap. 6. pr.: — „in successione (*ἐν τῇ διαδοχῇ*) morientis uxorem cum filiis vocari", sondern die Wittwe soll auch für die Nachlaßschulden aufkommen, secundum quod in illius jure ex hac lege *heres extiterit* (*συγκληρονομεῖ*). Gegenüber der Annahme von Köppen[46]), als sei bei letzterer Aeußerung Erbeseinsetzung der Wittwe vorausgesetzt, genügt ein Hinweis auf das „ex hac lege"; auch Windscheid aber

---

[43]) l. 35 § 1 C. cit.: — si quis a patre certas res vel pecunias accepisset et pactus fuisset, quatenus de inofficiosi querella adversus testamentum paternum minime ab eo moveretur. — Den im Text hervorgehobenen Unterschied erkennt Mühlenbruch **35** S. 438 an, doch zieht er aus ihm keine Consequenz für unsre Frage.

[44]) Vangerow II § 488. Köppen Syst. I S. 138—140. Syst. im Grundriß S. 86—88. Sintenis, Civ.-R. § 165 Anm. 2 unter 2 b. Windscheid III § 574 bei Anm. 10.

[45]) Für die hier vertheidigte Ansicht unter den Neueren Francke S. 219 Anm. 25. Arndts II (Art. „Intestaterbfolge") S. 62. Mühlenbruch, Forts. von Glück **43** S. 301. Schirmer I S. 240 f.

[46]) Grundriß S. 87.

(citirt in Anm. 44) ist nicht zuzugeben, daß von einer auf den Betrag des Viertels beschränkten Haftung für die Nachlaßschulden die Rede wäre. Denn das secundum quod (κατ' ὅσον) will nach dem Voraufgehenden nur sagen, daß die Wittwe nicht etwa zufolge ihres Erbewerdens ihr eignes, sei es in den Besitz des Mannes gekommenes, sei es sonst irgendwo befindliches Vermögen verliert; dasselbe haftet deshalb den Nachlaßgläubigern einzig auf Grund der Erbeseigenschaft der Wittwe, nicht etwa als Theil des Nachlasses[47]). Entschieden ist ferner festzuhalten, daß die Nov. 53 der eigentliche Sitz des Instituts ist: Nov. 117 c. 5 will erkennbar das bisherige Recht nur in einzelnen Punkten ergänzen oder ändern, sie beabsichtigt keine Umgestaltung der Grundlagen. Wenn daher Nov. 117 die Wittwe für Einen (oben angegebenen) Fall auf den Nießbrauch beschränkt, so wird damit freilich für diesen Fall ein gesetzliches Vermächtniß geschaffen, aber die Regel der Erbberechtigung, wie sie durch das ältere Gesetz begründet ist, wird nicht geändert. — Man zieht ferner zur Auslegung der Nov. 53 die l. 11 § 1 C. de repud. 5. 17 heran (vergl. auch Nov. 22 Kap. 18). Nach dieser Stelle soll der Mann, der die nicht dotirte Frau ohne Grund verstößt oder ihr Grund zur Scheidung gibt, ein Viertel des Vermögens, doch nicht über 100 Pfund Goldes, an die Frau verlieren. Nun ist erklärtermaßen der Erbanspruch der armen Wittwe dieser Vorschrift nachgebildet: da nun Letztere ohne Zweifel keine Gesammtnachfolge begründet, so meint man solche auch bei Nov. 53 ausschließen zu müssen. Allein hier bietet sich die folgende Entgegnung. Die l. 11 C. cit. verordnet die Verwirkung einer Vermögensquote des lebenden Ehegatten: dabei ließ sich an eine Gesammtnachfolge so wenig denken, wie bei einer Veräußerung des gleichen Gegenstands; eben darum ist sie von Justinian nicht vorgeschrieben. Verheißt dagegen ein Gesetz einer Person einen Bruchtheil des Nachlasses eines Verstorbenen, so ist im Zweifel Gesammtnachfolge gewollt, denn der Uebergang des Vermögens auf Ueberlebende verlangt eine solche, — bei einer Mehrheit Berufener eine Nachfolge nach Bruchtheilen. Nun deutet überdies in unserm Falle der Ausdruck des Gesetzes, die angeordnete Haftung für die Erbschaftsschulden, deutlich auf jene Absicht des Gesetzgebers hin: darum darf gewiß nicht zu dem künstlichen Constructionsmittel des gesetzlichen Vermächtnisses gegriffen werden.

[47]) Vergl. die Stelle aus dem Auszuge Julian's in Anm. 48.

Mit Nachdruck ist hier noch auf die Auslegung hinzuweisen, welche der Nov. 53 durch die Jurisprudenz und Gesetzgebung der Griechen zu Theil geworden ist. Schon Julian, der Zeitgenosse Justinian's, nimmt im Novellenauszug Erbfolge an [48]), noch entschiedener Athanasius [49]). Besonders bezeichnend aber ist die Haltung der Basiliken. Diese verbinden (28. 12 — Heimb. III. S. 315 f.) die Vorschriften der Novellen 53 und 117 (und dabei lassen sie auch das erstere Gesetz nur zu Gunsten der Frau verfügen). Auf den Eingang von Nov. 53 c. 6 pr. folgt die zweite Hälfte von Nov. 117 c. 5 pr., dann schließt sich der Inhalt von Nov. 53 c. 6 § 1. 2 an; am Schlusse aber steht die Bestimmung aus der ersten Hälfte von Nov. 117 c. 5 pr., daß der Mann am Erbanspruch des Gesetzes nicht Theil haben soll. Völlig weggelassen ist hiernach die Anknüpfung an die Nachtheile ungerechtfertigter Auflösung einer nicht dotirten Ehe (Nov. 53 pr. in f. Nov. 117 pr. init.): von den darüber sprechenden l. 11 § 1 C. de repud. 5. 17. Nov. 22 c. 18 ist überhaupt nichts in die Basiliken übergegangen. Folgeweise fehlt hier der beste Grund für die Annahme eines gesetzlichen Vermächtnisses, die Anlehnung an jene Nachtheile ungerechtfertigter Scheidung. Trotzdem wird die Vorschrift der Nov. 53 c. 6 § 1, die so nachdrücklich für die von uns verfochtene Ansicht spricht, fast wörtlich wiederholt, — namentlich gilt dies von den Schlußworten *πλὴν εἰ μὴ καθ' ὅσον τῶν ἐκείνου δικαίων ἐκ τοῦδε τοῦ νόμου κληφονομεῖ.*

---

[48]) *Julian.* epit. const. 47 (48) cap. 187 — Haenel S. 76: — Illud autem certum est, quod mulier, sive mobiles sive immobiles res habeat suas proprias, omni modo eas sine deminutione deducere poterit, non subjectas mariti creditoribus, *nisi ad hoc tantum, quod heres ei extiterit.* —

[49]) *Athanas.* nov. Justin. tit. V const. 4 — Heimbach anecdota I S. 74 f.: — *εὔπορος γυνὴ ἐπὶ ἀπόρῳ τελευτήσασα ἀνδρὶ χωρὶς γαμικῶν συμβολαίων, ὁμοίως δὲ καὶ εὔπορος ἀνὴρ ἐπὶ ἀπόρῳ τελευτήσας γυναικὶ* (v. γυναικί) *εἰς τὸ τέταρτον μέρος τῆς οἰκείας* (v. οἰκείας) *περιουσίας κληρονομεῖσθω ὑπὸ τοῦ περιόντος, εἰ καὶ παῖδες ὑπεισὶν αὐτοῖς —. σημείωσαι, ὅτι τὰ τῆς γυναικὸς ἐξώπροικα* (v. ἐξώπροικα) *οὐχ ὑπόκεινται εἰς τὰ χρέα τοῦ ἀνδρός, εἰ μὴ καθ' ὅσον αὐτὸν ἐκ τοῦδε τοῦ νόμου κληρονομεῖ —.* [Mulier locuples, quae relicto paupere marito absque dotalibus instrumentis defuncta est, similiter autem etiam vir locuples, qui relicta paupere muliere defunctus est, in quartam partem substantiae suae *habeto heredem* eum, qui superest, etsi liberi eis sunt. — Nota, parapherna mulieris non esse obnoxia aeri alieno, (quod) maritus (contraxit), nisi in quantum ex hacce lege *ejus fit haeres* —.]

Hiernach ist vom Standpunkt der Basiliken auf jeden Fall eine gesetzliche Erbberechtigung anzunehmen: ist es aber wohl glaublich, daß auf diesem Punkte seit Justinian eine Aenderung des Rechts eingetreten sein sollte [50])?

Es kann jetzt die Frage erörtert werden, ob die arme Wittwe bei der Berechnung des Pflichttheils der neben ihr stehenden Notherben mitzuzählen ist. In der älteren Theorie waren drei Ansichten vertreten [51]): die Einen wollten den Theil der Wittwe wie eine Schuld von der Erbschaft abziehen, nur den Rest für die Berechnung des Pflichttheils in Ansatz bringen, — die zweite Meinung ließ die Concurrenz der Wittwe gänzlich außer Betracht, ermittelte den Pflichttheil vom ganzen Vermögen, als ob nur die übrigen Erben vorhanden wären, — eine dritte Lehre, und diese ist die heutzutage herrschende, berücksichtigt die Wittwe wie jeden Intestaterben sowohl bei der Bestimmung des gesetzlichen Erbtheils des Notherben wie bei der Entscheidung darüber, ob der Pflichttheil ein Drittel oder die Hälfte dieses Erbtheils ausmacht. So wie wir oben die Erbberechtigung der armen Wittwe bestimmt haben, können wir uns nur dieser letzten Ansicht anschließen: die Wittwe ist wirklich Erbin, und darum muß ihrer Theilnahme an der Erbfolge der bezeichnete Einfluß auf die Feststellung des Pflichttheils andrer Erben beigelegt werden [52]). Die erste Meinung behandelt etwas als Schuld, was mit einer Obligation überall nicht verwandt ist, die zweite führt zu einer unrichtigen Bestimmung des gesetzlichen Erbtheils, folgeweise auch des Pflichttheils. — Daß die Wittwe nicht mitzuzählen ist, wo sie nach den obigen Bemerkungen bloß Vermächtnißnehmerin ist, versteht sich von selbst.

Uebrigens wird die von uns ausgeführte Antwort auch von Schriftstellern gegeben, welche der Quart der Wittwe die Natur eines

---

[50]) Aus der heutigen Rechtsprechung ist mir nur Eine Aeußerung über unsre Frage bekannt: das O.-A.-G. zu Celle ist im Erk. vom 1. October 1860 entschieden für die Behandlung der Wittwe als Erbin eingetreten (Seuffert, Arch. **15**. 231 Anm. 1). Die auf die Erbgebühr der Wittwe bezüglichen Rechtssprüche andrer Gerichte (Cassel im Arch. **10**. 237. Rostock das. **17**. 263. **26**. 45) gehen auf unsre Frage nicht ein.

[51]) Litteratur bei Glück VII S. 99—106.

[52]) Von diesem Standpunkt aus wird die hier vertheidigte Meinung ausgeführt bei Glück a. a. O., Francke S. 218—221. Mühlenbruch **35** S. 270. Arndts S. 606 f. unter 6 und 7.

geſetzlichen Vermächtniſſes beilegen. Von dieſem Standpunkt aus wird die Entſcheidung durch Vangerow [53]) mit der Bemerkung begründet: da die Wittwe, wenngleich nicht Miterbin, jedenfalls die Inteſtatportion des Pflichttheilsberechtigten um eine Quote ſchmälere, ſo müſſe ſie auch vollſtändig bei der Ermittlung von deſſen Pflichttheil in Rechnung kommen. Damit iſt die Frage nach der Bedeutung des Satzes angeregt, daß der Pflichttheil Theil des geſetzlichen Erbtheils iſt. Läßt ſich wirklich ſagen, daß bei der Feſtſtellung dieſes Erbtheils nicht allein auf die Perſonen zu ſehen iſt, denen rechtlich die Stellung von Miterben zukommt, ſondern allgemein auf ſolche, die gleichviel ob als Erben oder als Vermächtnißnehmer einen Bruchtheil der Erbſchaft zu beanſpruchen haben? Meines Erachtens iſt einer ſolchen Auslegung des Satzes beſtimmt zu widerſprechen. Die dürftigen Beſtimmungen der Nov. 18 bieten für die Unterſuchung keinen Anhalt: ſie geben nur den ſchlecht formulirten Satz wieder, daß der Pflichttheil fortan ein Drittel oder die Hälfte des geſetzlichen Erbtheils ausmachen ſoll. Das claſſiſche Recht wie die Conſtitutionen aus der ſpäteren Kaiſerzeit betonen dagegen überall nachdrücklich das Eine: der Pflichttheil iſt *quarta pars ab intestato successionis*. Nun nimmt der Vermächtnißnehmer — auch beim geſetzlichen Vermächtniß — das ihm Gebührende nicht aus der Erbſchaft, ſondern aus der Hand der Erben: darum iſt ſein Anſpruch bei der Beſtimmung von deren Erbtheil nicht in Rechnung zu bringen. Hieran ändert es nichts, daß das Vermächtniß auf einen Bruchtheil des Vermögens bemeſſen iſt; dies ſtellt nur eine eigenthümliche Art der Belaſtung der Erben dar.

Auf Eins iſt hier vom Standpunkt der ein geſetzliches Vermächtniß behauptenden Lehre aufmerkſam zu machen. Dieſe Anſicht verkürzt ohne genügenden Grund den Notherben in den meiſten Fällen, indem ſie ſeinen geſetzlichen Erbtheil durch das Mitzählen eines Berechtigten mindert, den ſie doch conſequenter Weiſe ausſchließen müßte, da ſie ſeine Erbberechtigung beſtreitet. Nur dann tritt dieſer Erfolg nicht ein, wenn das Heranziehen des Vermächtnißnehmers den geſetzlichen Erbtheil des Notherben unter den Betrag eines Viertels der Erbſchaft herabdrückt, ſo daß der Pflichttheil auf die Hälfte jenes Erbtheils geſteigert wird.

---

[53]) Pand. II § 475 Anm. unter 3 d. — Im Ergebniß übereinſtimmend Sintenis III § 196 Anm. 2. Windſcheid III § 580 Anm. 4.

B. Bei der Frage, ob bei der Feſtſtellung des Pflichttheils eines Notherben der überlebende Ehegatte mitgezählt wird, dem eine ſtatutariſche Portion zukommt, wiederholen ſich die drei verſchiedenen Auffaſſungen, deren unter A. gedacht wurde[54]). Für die Antwort ſind hier die gleichen Geſichtspunkte maßgebend, die uns dort leiteten. Es iſt ſtreitig, inwieweit der Anſpruch auf die ſtatutariſche Portion als Erbberechtigung aufzufaſſen iſt. Nach der, wie mir ſcheint, richtigen Meinung hat man eine ſolche anzunehmen, wenn dem überlebenden Ehegatten ein aus Activvermögen und Schulden zuſammengeſetzter Vermögensinbegriff oder ein Bruchtheil vom Vermögen des Verſtorbenen zukommt, — nicht aber wenn die Portion in einzelnen Sachen oder Rechten, insbeſondere nicht, wenn ſie in einem Nießbrauch beſteht, wäre auch deſſen Gegenſtand das ganze Vermögen[55]). Wo hiernach dem Ehegatten Erbeseigenſchaft zukommt, iſt er bei der Ermittlung des Pflichttheils andrer Berechtigter mitzuzählen, nicht dagegen — ganz aus den unter A. entwickelten Gründen —, wo nur Sondernachfolge vorliegt[56]).

III. In früherer wie neuerer Zeit hat man ſich viel mit der Frage beſchäftigt, wie die Vorſchrift der Nov. 18 über die eventuelle Erhöhung des Pflichttheils von $^1/_3$ auf $^1/_2$ des geſetzlichen Erbtheils in Anwendung auf Enkel des Erblaſſers zu handhaben ſei[57]). Noch Glück[58]) kennt blos zwei Anſichten, von denen die eine durchweg auf die Zahl der Stämme ſah, ſo daß nur beim Daſein von mehr als vier Stämmen dem einzelnen Enkel die Hälfte des geſetzlichen Erbtheils zukommen ſollte, — die andere in dem einzigen Falle von

---

[54]) Die Frage pflegt in der Theorie mit der über den Erbanſpruch der armen Wittwe zuſammengezogen zu werden. Es iſt deshalb auf die litterariſchen Nachweiſe in den Anmerkungen 51. 52. 53 zu verweiſen.

[55]) Dafür Gerber, deutſch. Priv.-R. § 255. Walter, deutſch. Priv.-R. § 418, vergl. mit der Darſtellung im § 417.

[56]) Die Frage, ob die in einem Kindestheil beſtehende ſtatutariſche Portion als Erbtheil zu betrachten iſt, wird in Anwendung auf die uns beſchäftigende Pflichttheilsberechnung berührt, aber nicht entſchieden, im Erk. des O.-A.-G. zu Celle vom 28. April 1862, Seuffert, Arch. **16**. 133.

[57]) Um ähnlicher Geſichtspunkte willen, wie ſie der Text bezüglich der Deſcendenten berührt, hat man früher über die Berechnung des Pflichttheils der Aſcendenten geſtritten: Glück VII S. 52 ff. Vergl. unten Anm. 63.

[58]) A. a. O. S. 60 ff. Dort finden ſich die litterariſchen Nachweiſe in den Anm. 56. 57. 58.

diesem Grundsatz abweichen wollte, wo nur Ein Enkelstamm, in diesem aber mehr als vier Köpfe vorhanden wären. Die zweite Meinung war augenscheinlich unhaltbar: sie wollte den fünf Enkeln des einzig vorhandenen Stammes die Hälfte der Intestatportion geben, nicht aber den (doch schon an sich auf kleinere Theile gesetzten) fünf Enkeln eines Stammes, neben welchen noch andere Descendentenstämme gesetzliche Erbberechtigung haben. Die erste Ansicht führte überall, wo schon der gesetzliche Erbtheil des einzelnen Enkels sich zu einer niedrigen Quote bemaß, zu einer unerträglichen Härte, sie verkannte überdies (gleich der zweiten Meinung) die Absicht, welche den Gesetzgeber bei der Vorschrift in Nov. 18 Kap. I geleitet hatte, sowie die Bedeutung der bei der gesetzlichen Erbfolge geltenden Nachfolge nach Stämmen. Auch das war eine Verirrung, daß man für die Entscheidung eine Anlehnung an l. 8 § 8 D. de inoff. 5. 2 suchte[59]): unmöglich können die Erörterungen der römischen Juristen über die Bedeutung des erst durch das Novellenrecht begründeten Zahlenverhältnisses Aufschluß gewähren.

In unsrer Zeit hat man sich entschieden der Ansicht zugewandt, daß der einzelne Enkel seinen gesetzlichen Erbtheil schon um der (noch zu bestimmenden) geringen Höhe desselben willen zur Hälfte als Pflichttheil in Anspruch nehmen kann. Hierbei darf man sich indessen nicht mit Mühlenbruch[60]) darauf beschränken, den Satz, daß beim Vorhandensein von mehr als vier Descendentenstämmen dem einzelnen Enkel die Hälfte des gesetzlichen Erbtheils gebührt, durch den Zusatz zu ergänzen, daß ein gleicher Vortheil jedem Enkel zukomme, der neben mehr als vier Enkeln in demselben Stamme stehe. Das führt zunächst zu einem unbefriedigenden Ergebniß; denn auf den einzelnen von fünf solchen Enkeln fällt, wenn der Erblasser nur zwei Descendentenstämme hinterließ, ein größerer gesetzlicher Erbtheil, als auf den einzelnen von drei Enkeln eines Stammes, neben welchem drei weitere Stämme stehen. Ueberdies ist aber Mühlenbruch auf halbem Wege stehen geblieben: zu einem richtigen Princip ist nur zu gelangen, wenn man die Berücksichtigung der Stammtheilung mit Entschiedenheit auf die Ermittlung des gesetzlichen Erbtheils beschränkt, sie hat überall keine Bedeutung für die Frage, welche Quote jenes Erbtheils den Pflichttheil zu bilden hat.

[59]) So Glück S. 62.

[60]) Forts. von Glück 35 S. 275.

Die allein entsprechende Lösung der Aufgabe ist die von Schömann entwickelte[61]), mit Recht von der heutigen Wissenschaft beifällig aufgenommene[62]). Sie betont es, daß Justinian seine Vorschrift im Ausdruck lediglich dem Beispiel des Vorhandenseins von Kindern ersten Grades angepaßt hat, daß aber der Grundgedanke des Gesetzes der ist: für jeden einzelnen Erben soll die Größe des Pflichttheils nach seinem gesetzlichen Erbtheil berechnet werden, so zwar daß sie ein Drittel des Erbtheils beträgt, wenn derselbe ein Viertel des Nachlasses oder mehr umfaßt, — die Hälfte dagegen, wenn er unter jenem Viertel bleibt. Nach diesem Maßstabe ist auch für jeden einzelnen Enkel der Pflichttheil auf Grund seines gesetzlichen Erbtheils zu berechnen. Daß danach die für den Umfang des Pflichttheils maßgebende Zahl bei mehreren mit einander concurrirenden Descendenten eine verschiedene sein kann, fällt in die Augen. Hinterließe der Erblasser einen Sohn und vier Enkel von einem verstorbenen Sohne, so würde der gesetzliche Erbtheil des lebenden Sohnes $^1/_2$ des Nachlasses, der Pflichttheil $^1/_3$ dieser Quote $= ^1/_6$ betragen; dagegen berechnete sich der gesetzliche Erbtheil eines jeden der vier Enkel auf $^1/_8$ der Erbschaft, der Pflichttheil auf $^1/_2$ dieser Quote $= ^1/_{16}$ des Nachlasses[63]).

In der That ist die angegebene Absicht der Nov. 18 bestimmt zu behaupten. Der Satz selbst, daß der Pflichttheil je nach dem Umfange des gesetzlichen Erbtheils $^1/_3$ oder $^1/_2$ von diesem betragen soll, gilt nach der ausdrücklichen Bestimmung im Schlußsatz von Kap. I der Novelle für alle Notherben. Danach macht der Pflichttheil ohne Zweifel die Hälfte jenes Erbtheils aus, wenn fünf Kinder

[61]) Handb. des Civ.-Rechts II S. 75—83.

[62]) Zustimmend Francke S. 225. Arndts II S. 607—609 unter 8. Sintenis III § 196 Anm. 2 a. E. Vangerow II § 475 Anm. 1 unter 4. Windscheid III § 580 a. E. und in Anm. 4.

[63]) Nach denselben Grundsätzen ist zu rechnen, wenn nur Ascendenten des dritten Grades vorhanden sind. Auch der hier geltenden Theilung nach Linien kommt nur Bedeutung zu für die Ermittlung des gesetzlichen Erbtheils, nicht für die weitere Bestimmung des Pflichttheils. Wären daher aus der mütterlichen Linie zwei, aus der väterlichen drei Urgroßeltern des Erblassers vorhanden, so betrüge für die Ersteren der gesetzliche Erbtheil je $^1/_4$, darum der Pflichttheil ($^1/_3$ von $^1/_4$ =) $^1/_{12}$, — für die Letzteren der gesetzliche Erbtheil je $^1/_6$, demnach der Pflichttheil ($^1/_2$ von $^1/_6$ =) $^1/_{12}$ der Erbschaft. — Diesen Fall entscheidet unrichtig Glück VII S. 53—55, weil er der Theilung nach Linien einen zu großen Einfluß einräumt.

ersten Grades neben einander zur Erbfolge kommen. Nehmen wir nun als Beispiel aus der Erbfolge entfernterer Descendenten den Fall, für welchen eine ältere Ansicht irrig eine Ausnahme zugestehen wollte[64]), — das Vorkommen von fünf Enkeln in dem einzigen vorhandenen Descendentenstamme. Ist es denkbar, daß der Gesetzgeber diesen fünf Enkeln die vortheilhaftere Berechnung hätte versagen wollen, die er dort den fünf Kindern gewährte? Ein Grund für eine abweichende Behandlung ist völlig unerfindlich, und darum wird man hier die gleiche Rechnung zulassen müssen. Gibt man aber einmal in solcher Weise die alte, an der Stammtheilung consequent festhaltende Lehre auf einem einzelnen Punkte auf, so findet der Gedanke erst einen Ruhepunkt, wenn er bei der auf der äußersten Grenze des Gegensatzes stehenden Theorie von Schömann angelangt ist.

Der innere Grund aber, auf den sich diese Meinung zu stützen hat, ergibt sich bei Feststellung des Gebiets, innerhalb dessen dem Begriff der Stammtheilung Geltung beizulegen ist: dasselbe beschränkt sich auf die gesetzliche Erbfolge. Hier handelt es sich darum, die Berechtigungen der einzelnen Erben gegen einander abzugrenzen, eine angemessene Vertheilung des Nachlasses herbeizuführen. Diese Aufgabe begegnet bei der Succession der Enkel einer doppelten Anforderung. Zunächst soll es diesen keinen Nachtheil bringen, daß ihr Erzeuger vor der Delation der Erbschaft des jetzt zu beerbenden Großvaters aus der Welt geschieden ist; — auf der andern Seite dürfen die Kinder ersten Grades den Enkeln gegenüber nicht ungünstiger gestellt werden, als sie bei Concurrenz von deren Erzeuger gestanden haben würden. Daher die Theilung nach Stämmen. Anders verhält es sich mit den Bestimmungen über den Umfang des Pflichttheils. Ihre Aufgabe ist Verhütung eines Mißbrauchs der Testirfreiheit des Erblassers gegenüber den nächsten Blutsverwandten; ein Anspruch gegen den Testamentserben entsteht nur dadurch, daß der Erblasser jene Vorschriften nicht beachtet. Am wenigsten hat die gesetzliche Begrenzung des Pflichttheils eine Beziehung auf gleichberechtigte gesetzliche Erben: werden solche eingesetzt, so können sie bei Beschränkung eines Notherben auf den Pflichttheil selbst über das Maß des gesetzlichen Erbtheils hinaus bedacht werden.

Haben diese Bemerkungen Recht, so sind die Grundsätze über

[64]) So die zweite der beiden im Eingang von III besprochenen älteren Ansichten.

die für Descendenten geltende Theilung nach Stämmen zwar anwendbar bei der Ermittlung des gesetzlichen Erbtheils *als einer Voraussetzung des Pflichttheils*, aber bei unsrer Frage, welche Quote jenes Erbtheils den Pflichttheil ausmache, hat man ohne Grund von ihnen Gebrauch gemacht. Hier ist ein Princip nur zu gewinnen, wenn man die in der Nov. 18 Kap. I für die Kinder ersten Grades aufgestellten Zahlen in der oben angegebenen Weise auf den dem einzelnen Notherben zustehenden gesetzlichen Erbtheil überträgt.

Die heutzutage herrschende Lehre ist zur Anwendung gebracht in einem Erkenntniß des O.-A.-G. zu *Celle* vom 28. April 1862[65]; ein Erkenntniß des O.-A.-G. zu *Wolfenbüttel* vom 26. Mai 1848[66] folgt den Grundsätzen, denen wir oben bei der Besprechung der Ansicht von Mühlenbruch entgegengetreten sind: die damit begründete Entscheidung des betreffenden Rechtsfalls erscheint irrig.

Nicht zu übergehen ist hier eine in neuerer Zeit mehrfach ausgesprochene Bemerkung über die *Formulirung* der durch die Nov. 18 begründeten Regel. Man hat zu sagen: der Pflichttheil eines Notherben berechnet sich auf ein Drittel seines gesetzlichen Erbtheils, wenn dieser *ein Viertel der Erbschaft oder mehr* ausmacht, — auf die Hälfte, wenn der gesetzliche Erbtheil *weniger als ein Viertel* der Erbschaft beträgt. In letzterer Beziehung darf nicht gesagt werden: „wenn der Erbtheil *ein Fünftel* oder weniger beträgt". Denn der gesetzliche Erbtheil kann seinen Ausdruck in einem Bruch finden, der zwischen $^1/_4$ und $^1/_5$ der Erbschaft fällt. Dies ist z. B. der Fall, wenn neben vier Kindern aus einer Vorehe die unvermögende Wittwe des Erblassers succedirt, der Kopftheil aber sich auf mehr als 100 Pfund Gold beläuft[67].

---

[65]) *Seuffert*, Arch. **16**. 133.

[66]) Seuffert **19**. 249.

[67]) Ein anderes Beispiel, hergenommen von der durch doppelte Verwandtschaft begründeten doppelten Erbberechtigung eines einzelnen Erben, findet sich bei *Vangerow* II § 475 Anm. 1 unter 4 b.

§ 38.

B. Ermittlung des Geldwerths des Pflichttheils. — Erweiterungen und Minderungen*).

I. Eine rechnerische Feststellung des Pflichttheils ist nur nöthig, wo derselbe nicht — nach letztwilliger Verfügung oder kraft durchgeführter Querel und mit dieser verbundener Erbschaftsklage — in einem ihn völlig deckenden Erbtheile gewährt wird. Denn wo er letztere Gestalt hat, steht das Rechtsverhältniß des Notherben in Ansehung seiner Erbquote unter den gewöhnlichen erbrechtlichen Grundsätzen[1]); es ist ungerechtfertigt, wenn Mühlenbruch[2]) den Fall, wo der Notherbe mit Bezug auf seine Pflichttheilsberechtigung zum Erben eingesetzt ist, abweichend behandeln, die Bezüge des Notherben auf den entsprechenden Theil an den beim Tode des Erblassers vorhandenen Gütern einschränken will. Nicht minder verfehlt ist der Gedanke von Glück[3]), welcher dem als Erbe berufenen Pflichttheilsberechtigten bei vorhandenen Schwierigkeiten der Schuldtilgung ein Recht auf unverkürzte Auszahlung des Pflichttheils beilegt, — gegen Caution wegen Leistung des antheiligen Beitrags zu den Schulden. Ist doch der Notherbe mit dem Erwerb nach Verhältniß seines Erbtheils ohne Weiteres Subject aller zum Nachlaß gehörigen Forderungen wie Verbindlichkeiten.

Ich komme zu dem Falle, wo der Pflichttheil dem Notherben in einer bestimmten Summe oder in einzelnen Vermögensstücken zugeht[4]). Hier ist der Geldwerth des Vermögens und danach der dem Pflichttheil entsprechende Bruchtheil zu ermitteln; mit dem so festgestellten Betrage wird der Werth der dem Notherben hinter-

---

*) Francke S. 226—230. Mühlenbruch 35 S. 276—293. Arndts II S. 609—611.

[1]) l. 15 § 2 verglichen mit l. 8 § 16. l. 21 § 2 D. h. t. 5. 2.

[2]) A. a. O. S. 277—282. Gegen Mühlenbruch vergl. Arndts II S. 611 Anm. 225. Windscheid III § 581 Anm. 11. — Mühlenbruch beruft sich auf die l. 44 § 2 D. de bon. libert. 38. 2, die den Fall betrifft, wo der Pflichttheil des Patrons durch Erbtheil und Vermächtniß ausgewiesen ist. Allein die Stelle beweist nicht für Mühlenbruch. Vergl. unten den Text bei Anm. 6.

[3]) Comment. VII S. 108 ff. Vergl. dagegen Francke S. 227 f. Mühlenbruch 35 S. 287 f.

[4]) Selbstverständlich kann derselbe auch aus einem Erbtheil und der Zuwendung eines einzelnen Vermögensstücks zusammengesetzt sein; indessen erscheint es nicht erforderlich, diesen Fall besonders zu erörtern.

laſſenen Zuwendungen verglichen. Zu gewähren iſt der Pflichttheil auf Grund des beim Tode des Erblaſſers vorhandenen Vermögensbeſtands [5]), gerade wie dies beim patronatiſchen Pflichttheil gilt [6]). Die nach dem Tode des Erblaſſers eintretenden Vermehrungen wie Verminderungen des Vermögens berühren den Anſpruch des Notherben nicht: einen äußeren Beweis dafür gewährt l. 44 § 2 D. de bon. libert. 38. 2. Paulus führt aus:

> Si ex bonis, quae mortis tempore fuerunt, debitam partem dedit libertus in hereditate vel (et? Momms.) legato, servus tamen post mortem liberti reversus ab hostibus augeat patrimonium: non potest patronus propterea queri, quod *minus* habeat in servo, quam haberet, si ex debita portione esset institutus. idem est in alluvione. —

Zuerſt einige Worte über den Text der Stelle. Ich leſe nach dem Vorſchlage von Th. Mommſen „in hereditate et legato“: dafür ſpricht das „quod minus habeat“, wonach doch jedenfalls Etwas vom Zuwachs an den Patron gekommen ſein muß [7]). Nur das Maß, nach welchem dieſer an den Erweiterungen des Vermögens Theil hat, iſt in Folge der Zuſammenſetzung ſeines Pflichttheils aus Erbtheil und Vermächtniß ein geringeres, als wenn er auf die volle debita portio Erbe wäre.

Für unſere Unterſuchung iſt unleugbar aus der Stelle zu entnehmen, daß der in einem Vermächtniß beſtehende Pflichttheil von den ferneren Schickſalen des Vermögens nicht berührt wird.

Wird der Pflichttheil nicht in einer Summe oder einer generiſch beſtimmten Sache gewährt, ſondern durch das Vermächtniß einer individuell bezeichneten Sache, ſo gelten in Anſehung des Commodum

---

[5]) Carac. l. 6 C. h. t.: — si quartam bonorum partem *mortis tempore* testator reliquit —. Vergl. Justinian. l. 30 § 2 C. h. t.; — ut ille gradus ejusdem militiae inspiciatur, quem *morte testatoris* militans obtinet —. Der Grund dieſer Beſtimmung iſt im § 39, Text hinter Anm. 56 anzugeben.

[6]) l. 3 § 20. l. 26. l. 35 D. de bon. libert. 38. 2. Eben jene Zeit des Todes iſt bei der Frage feſtgehalten, ob der Freigelaſſene centenarius war, l. 20 cit. Näheres bei Schmidt S. 65. S. 70.

[7]) So Arndts II S. 611 Anm. 225. Gezwungen ſcheint mir die Auslegung von Schmidt (Pflichtth.-R. S. 66 Anm. 93 a. E.), wonach bei der Erbeseinſetzung der Stelle die beſondere Formel gebraucht wäre: „ex debita parte bonorum meorum, *quae erunt mortis tempore*, patronus heres esto“.

die gewöhnlichen Grundsätze [8]). Nicht das Gleiche ist von der Gefahr der vermachten Sache zu sagen: denn bis zum Tode des Erblassers trifft jedenfalls den Notherben keine Gefahr, er hat den Pflichttheil von dem beim Tode vorhandenen Vermögen zu fordern. Dagegen geht sofort mit dem Tode die Gefahr auf den Notherben über; geht also die zu dieser Zeit vorhandene Sache demnächst unter, selbst bevor sie an den Notherben gekommen ist, so kann dieser Ansprüche wegen der Sache nicht erheben [9]).

II. Die näheren Bestimmungen über die Berechnung des Vermögens sind durch analoge Anwendung der in den Quellen vorliegenden Grundsätze über die Berechnung der Falcidischen Quart, auf die ich lediglich verweise, zu gewinnen; auch bei dieser ist ja der beim Tode des Erblassers vorhandene Vermögensbestand zu Grunde zu legen [10]). Hervorzuheben sind einige Sätze, die von Ulpian in Anknüpfung an die Querel erörtert werden. Da der Pflichttheil aus dem reinen Vermögen zu gewähren ist, so kommen die auf der Erbschaft ruhenden Schulden und die Kosten der Beerdigung in Abzug [11]). Auch das Verhältniß des Notherben zu den testamentarischen Freilassungen wird unter Zugrundelegung des Rechts der Falcidischen Quart behandelt. Wie diese kann der zugewendete Pflichttheil durch Freilassungen geschmälert werden [12]). Hat nun der Erblasser einen Notherben zum alleinigen Erben eingesetzt, so ist damit für diesen

---

[8]) Darüber Mommsen, Erört. aus dem Obl.-Recht, Heft I S. 36—41. S. 102 f. S. 115. Vergl. auch Windscheid III § 647 bei Anm. 13—15.

[9]) Das lehrt Paul. l. 44 § 1 D. de bon. libert. 38. 2. Patronus heres institutus legato ei servo, per quem suppleretur debita ei portio, non petet contra tabulas bonorum possessionem, quamvis servus clusis tabulis decessit. Was hier vom Vermächtniß zur Erfüllung des Pflichttheils gesagt wird, muß auch gelten, wo der ganze Pflichttheil in einer vermachten Sache besteht. Vergl. Schmidt, Pflichtth.-R. S. 65 Anm. 93 unter d, auch Arndts II S. 610 a. E.

[10]) Das Einzelne bei Mühlenbruch S. 282 ff. Windscheid III § 652 Num. 1. Num. 4 bei Anm. 25—29.

[11]) l. 8 § 9 D. h. t. Paul. IV. 5. 6. Gleiches ist von den auf die Klarstellung des Vermögens verwendeten Kosten zu sagen: l. 72 D. ad leg. Falc. 35. 2. l. 22 § 9 C. de jure delib. 6. 30.

[12]) Vergl. § 3 J. ad l. Falc. 2. 22. l. 32 § 5 — l. 39 D. ad leg. Falc. 35. 2. Paul. IV. 5. 6. Das im Text Bemerkte ist ausgeführt in l. 8 § 9 D. cit. Ueber die Stelle Bas. 39. 1. 8. schol. 18. *Cujac.* rec. sol. ad h. l. (VIII. 182 ff.). *Schulting*, not. ad h. l. Mühlenbruch S. 288—293. (Vergl. auch das oben im § 5 unter I S. 20 f. zu der Stelle Gesagte).

allerdings das Recht auf die Falcidische Quart gegeben: allein diese sowohl wie der Pflichttheil können ihm völlig entzogen werden, wenn der Erblasser, der nur Sclaven besitzt, diese sämmtlich im Testament mit der Freiheit bedenkt [13]). Den suus, der ohne Weiteres erbt und damit die Freilassungen wirksam macht, läßt Ulpian einem solchen Rechtszustand gegenüber ohne Hülfe: der gewaltfreie Notherbe aber kann die Freilassungen durch Ausschlagung hinfällig machen, indem er das Vermögen entweder an den Substituten bringt [14]), gegen den er dann die Querel erheben kann, — oder auch selbst als gesetzlicher Erbe erwirbt [15]).

Behufs der Feststellung des Vermögens kann der Pflichttheilsberechtigte Aufnahme eines Inventars fordern [16]): dieser Anspruch ist nicht dadurch zu verkümmern, daß der Erblasser den Vermögensbetrag im Testament angibt. Zwar sollen nach Nov. 48 Kap. I die Erben im Verhältniß zu einander durch eidliche Angaben jener Art gebunden sein, allein auf die Notherben leidet dies keine Anwendung [17]). Freilich auf die vermeintliche Analogie des Satzes, daß solche Aeußerungen des Erblassers gegenüber den Gläubigern unwirksam sind (nov. 48 c. 1 § 1), möchte ich hierbei kein Gewicht legen; jedenfalls aber muß die Erwägung genügen, daß der Pflichttheil durch keinerlei letztwillige Anordnung geschmälert werden kann: dem entsprechend kann auch der Erblasser dem Notherben das Recht nicht entziehen, die Feststellung des Pflichttheils auf Grund des wirklichen Vermögensbestandes zu erwirken.

Auf diesen Gedanken, zugleich aber auf die angegebene Analogie stützt sich ein Erkenntniß des O.-G. zu Wolfenbüttel vom

---

[13]) Was Ulpian hier mit Rücksicht auf die lex Furia Caninia bemerkt hat (Gaj. I. 42—46), ist von den Compilatoren gestrichen.

[14]) Nimmt man nicht an, daß dies die Freilassungen ohne Weiteres beseitigte (l. 25 D. de manum. test. 40. 4), so würden diese doch durch die Querel vernichtet.

[15]) Die Anwendung des Edicts „si quis omissa causa testamenti" (Dig. 29. 4) findet Ulpian hier nicht veranlaßt. Vergl. l. 6 § 8 D. si quis omissa 29. 4.

[16]) Mühlenbruch S. 293. Arndts II S. 609 f. unter 9. In Anknüpfung an die Ergänzungsklage wird das angegebene Recht (zu dessen Verfolgung auch gesonderte Klage zustehen soll) anerkannt durch Erkenntnisse des O.-A.-G. zu Celle von 1847 und des O.-A.-G. zu Cassel vom 3. Juni 1853, bei Seuffert, Arch. V. 35. VII. 212.

[17]) Vergl. Mühlenbruch und Arndts a. d. a. OO. Francke S. 230.

22. Juni 1869 folgenden Inhalts[18]): das vom Erblasser im Testament niedergelegte Anerkenntniß einer ihm angeblich obliegenden Schuld gegen einzelne Erben ist bis auf geführten Beweis für die mit Pflichttheilsansprüchen auftretenden Notherben unverbindlich. Verwandt ist die Entscheidung desselben Gerichts vom 23. Februar 1844[19]): Aeußerungen des Erblassers über die Berichtigung des Pflichttheils von Notherben haben ohne Beweis keine Kraft.

Zum Schluß ist die Frage zu berühren, wie sich der Pflichttheilsanspruch zur Collationspflicht der dem Notherben gegenüberstehenden Erben verhält. Nach den unter I dargestellten Grundsätzen ist so zu entscheiden. Wird der Pflichttheil durch einzelne Vermögensstücke im Wege der Sondernachfolge (Vermächtniß, Schenkung auf Todesfall u. s. f.) gewährt, so kommen die Conferenden nicht in Betracht, da diese nicht als ein Theil des bei des Erblassers Tode vorhandenen Vermögens angesehen werden können, und da Collation nur unter Descendenten stattfindet, welche neben einander zur Erbfolge gelangen. Soweit dagegen der Notherbe den Pflichttheil als Erbe erlangt, ist ihm zu conferiren: die einzuwerfenden Bezüge bilden einen durch die Thatsache der Erbfolge selbst vermittelten Zugang zu dem erwähnten Vermögensbestande. In der hier angegebenen Ausdehnung wird der Collationsanspruch anerkannt durch Leo's bekannte l. 17 C. de collat. 6. 20, welche die neuere Descendentencollation begründet hat. Der Eingang des Gesetzes lautet:

> Ut liberis tam masculini quam feminini sexus, juris sui vel in postestate constitutis, *quocunque jure intestatae successionis*, id est aut testamento penitus non condito, vel, si factum fuerit, contra tabulas bonorum possessione petita *vel inofficiosi querella mota rescisso*, aequa lance parique modo prospici possit, hoc etiam aequitatis studio praesenti legi credimus inserendum, ut in dividendis rebus ab intestato defunctorum parentium tam dos quam ante nuptias donatio conferatur —.

Dieser Satz muß ferner, da nach Nov. 18 Kap. 6 die Collationspflicht, wenn nicht ausdrücklich erlassen, auch für die testamentarische Erbfolge besteht, nicht minder da gelten, wo durch die

---

[18]) Seuffert, Arch. 25. 43. (Die angebliche Verbindlichkeit, wie sie im Testament anerkannt war, sollte aus einem Fideicommiß entsprungen sein).

[19]) Seuffert 12. 278.

Querel das Teſtament nur theilweiſe beſeitigt wird, demnach teſtamentariſche und geſetzliche Erbfolge ſich miſchen. — Endlich iſt der Satz in demſelben Umfange, in welchem er hier zu Gunſten des Notherben behauptet wird, zu ſeinem Nachtheil zu behaupten: derſelbe hat ſeinerſeits den Miterben zu conferiren (l. 25 pr. D. h. t.). Freilich iſt dieſe Regel von geringerer Bedeutung, da die bezüglichen Erwerbungen meiſt zugleich Zuwendungen auf den Pflichttheil darſtellen [20]).

Mit Rückſicht auf das neueſte Recht iſt über die ſoeben erörterte Frage für jetzt nur das Eine zu bemerken: da es ſich bei dieſer lediglich um die Pflichttheilsberechtigung von Deſcendenten des Erblaſſers handeln kann, ſo ſind die entwickelten Grundſätze als unmittelbar praktiſch nur vom Standpunkt der Anſicht anzuſehen, welche die Querel als das auch nach Nov. 115 den verletzten Notherben ordentlicher Weiſe zuſtehende Rechtsmittel behandelt. — Aus der Praxis erwähne ich einige Aeußerungen, die freilich nur von der Pflichttheilsberechtigung überhaupt, nicht grade von der Querel ſprechen. Ein Erkenntniß des O.-A.-G. Dresden von 1849 [21]) leitet aus dem Satze, daß der Pflichttheil nach dem Stande des Vermögens zur Todeszeit des Erblaſſers zu gewähren iſt, die allgemeine Regel ab [22]): das, was dem Vermögen des Erblaſſers bereits bei deſſen Lebzeiten durch Verfügung unter Lebenden entzogen ſei, komme an ſich bei der Berechnung des Pflichttheils nicht in Anſchlag. Die Frage, wie weit derartige Zuwendungen zu conferiren ſind, ſoll mit der Berechtigung zum Pflichttheil und mit deſſen Berechnung an ſich nicht in Verbindung ſtehen. Dieſe Sätze ſind jedenfalls in der vorliegenden Ausdehnung nicht aufrecht zu halten. — Zwei weitere Urtheile — Dresden vom 28. November 1854, Celle vom 16. Januar 1849 [23]) — behandeln die Einſetzung des Notherben auf den Pflichttheil. Beide ſtimmen darin überein, daß bei deſſen Berechnung die der Collation unterliegenden Bezüge der Miterben in An-

[20]) Vergl. über das im Text Ausgeführte Fein, Collation S. 294, wo Angaben über die ältere Litteratur, Arndts II S. 258 f. unter 2. Windſcheid III § 610 Anm. 4.

[21]) Seuffert IV. 98.

[22]) Wie das Erkenntniß mitgetheilt iſt, wird die Rechtsform, in der der Pflichttheil zugewendet iſt (durch Erbtheil oder wie ſonſt) nicht berührt.

[23]) Seuffert 10. 69. 8. 69.

ſchlag zu bringen ſind. Rückſichtlich der Frage, ob der im Teſtament ausgeſprochene Erlaß der Collation der Pflichttheilsberechtigung gegenüber wirkſam iſt, gehen dieſe Erkenntniſſe auseinander: wir treten der bejahenden Meinung bei (Dresden), da der Erblaſſer dem Geſetz genügt, wenn er den Pflichttheil von dem bei ſeinem Ableben vorhandenen Vermögen ausweiſt. — Auf die l. 17 C. de collat. 6. 20 iſt in keiner der drei Entſcheidungen Rückſicht genommen.

C. Zuwendung auf den Pflichttheil und Einrechnung in den Pflichttheil.

§ 39.

1. Zuwendung und Einrechnung. — Zuwendungsformen*).

I. Die Darſtellungen des Pflichttheilsrechts, wie es vor der Nov. 115 beſtand, pflegen zu unterſcheiden zwiſchen den Formen der Hinterlaſſung des Pflichttheils und zwiſchen Zuwendungen, welche in den Pflichttheil eingerechnet werden müſſen. Beide Lehren werden dann entweder mit einander verbunden [1]), oder man ſpricht von den einzurechnenden Vortheilen in Anknüpfung an die Berechnung des Vermögenswerths des Pflichttheils und läßt die Bemerkungen über deſſen Hinterlaſſung geſondert nachfolgen [2]). Auf eine Ausführung des Unterſchieds geht man nicht ein; in Wahrheit dürften weder der einen noch der andern Behandlungsweiſe feſte oder doch rechtlich erhebliche Kriterien zu Grunde liegen.

Betrachten wir die Quellen, ſo begegnen hier die Ausdrücke imputare und computare beim Pflichttheil der Verwandten wie des Patrons in der Regel in Anwendung theils auf letztwillige Verfügungen außer der Erbeseinſetzung [3]), theils auf Zuwendungen unter

---

*) Litteratur in den Anmerk. 1 und 2.

[1]) So Windſcheid III § 581. Aehnlich ſondert Arndts II S. 609—613 unter 9—11 die Einrechnung in den Pflichttheil, die er auf deſſen Hinterlaſſung folgen läßt, von der Ermittlung des Vermögensbetrags des Pflichttheils (abweichend von den Schriftſtellern in Anm. 2).

[2]) So Francke §§ 18. 19. Mühlenbruch 35 §§ 1421 c. 1421 d. Unger, öſterreich. Priv.-Recht VI §§ 81. 82.

[3]) Julian. l. 20 § 3 D. de bon. libert. 38. 2. Idem servari conveniet in legato, quod patrono conjunctim et Titio datum fuerit, ut pars legati in portionem debitam patrono *imputetur* —. Ulp. l. 3 § 19 D. eod. Si patrono condicionis implendae causa quid datum sit, in portionem debitam *imputari* debet —.

Lebenden[4]). Allein in Einer Stelle (beim Patron) wird das imputare auch bezüglich eines unzulänglichen Erbtheils gebraucht[5]), und Justinian bedient sich des Ausdrucks computare in Beziehung auf alle Rechtsformen, in denen der Pflichttheil zugewendet werden kann[6]).

Daß dabei der Begriff der Anrechnung nicht durchweg einen Gegensatz zur Zuwendung oder Hinterlassung des Pflichttheils bezeichnet, lehrt die letzte Anwendung (Anm. 6). Und auch da, wo ein solcher Gegensatz in's Auge gefaßt ist, läßt sich nicht überall das gleiche unterscheidende Merkmal voraussetzen. Beim Fall der Hinterlassung eines unzureichenden Erbtheils in l. 20 § 2 D. de bon. libert. 38. 2 (Anm. 5) wird dem Erblasser der Wille einer Ergänzung der Zuwendung zur Höhe des Pflichttheils überhaupt nicht zugeschrieben; das „imputari debet" soll hier nur andeuten, das prätorische Recht rechne zur Schonung des Testaments vorerst das in diesem Ausgesetzte auf den Pflichttheil des Patrons an, lasse also die contra tab. bon. possessio lediglich ergänzend eingreifen[7]). Wo aber jenes Wort in Verbindung mit der letztwilligen Zuwendung einzelner Vermögensstücke oder mit einer Zuwendung unter Lebenden auftritt, kann die dem Geber meist zuzuschreibende Absicht der Ergänzung noch einen doppelten Inhalt haben. Oft wird der gegenwärtigen

[4]) So 1. Dos, Alex. l. 1 C. Greg. h. t.: Dos — in quartam — non *computatur* —. Alex. l. 2 C. Greg. eod. — In qua tamen parte ea, quae ante a patre filiae in dotem data sunt, non placet *computari* —. 2. Dos und Eheschenkung, Zeno l. 29 C. h. t.: — ante nuptias donationem filio in quartam praecipimus *imputari*. — in quartam partem — tam dotem datam quam ante nuptias donationem — volumus *imputari* —. 3. Schenkung unter Lebenden und auf Todesfall, Ulp. l. 3 § 18 D. de bon. libert. 38. 2: Sed etsi non mortis causa donavit libertus patrono, — (vel) quasi mortis causa *imputabuntur* —. Justinian. l. 35 § 2 C. h. t.: — quando pater — aliquid dederit vel mortis causa donatione vel inter vivos sub ea condicione, ut haec inter vivos donatio *in quartam ei computetur* —. 4. *Militia*, Justinian. l. 30 § 2 C. h. t. *Imputari* vero — in legitimam portionem et illa volumus, quae occasione militiae — posse lucrari eas (sc. personas) manifestum est.

[5]) Julian. l. 20 § 2 D. de bon. libert. 38. 2. Libertus patronum et extraneum conjunctim ex parte dimidia heredem scripsit: quadrans, ex quo institutus est patronus, totus ipsi *imputari* debet —.

[6]) Justinian. l. 20 C. de collat. 6. 20: — omnia, quae in quarta portione ab intestato successionis *computantur* his, qui ad actionem de inofficioso testamento vocantur —.

[7]) Darüber Schmidt, Pflichtth.-R. S. 89—91.

Zuwendung, weil sie nur einen Erwerb einzelner Vermögensstücke verschafft, eine nebensächliche Bedeutung beigelegt sein, so daß im Gedanken die Ergänzung vorbehalten erscheint, namentlich die Einsetzung auf einen wenn auch für sich allein unzulänglichen Erbtheil[8]). — Bei einer durch Rechtsgeschäft unter Lebenden vollzogenen Liberalität dagegen drängt sich leicht der Gedanke vor, daß zur Zeit der Umfang des künftigen Nachlasses des Gebers noch nicht zu übersehen, das jetzt Gegebene daher wie eine Abschlagszahlung auf den Pflichttheil zu behandeln ist: hier bleibt die letztwillige Bedenkung im Sinne einer ordnungsmäßigen Erledigung des Pflichttheilsanspruchs vorbehalten[9]).

Das bisher Bemerkte sollte zeigen, daß die Quellen eine Unterscheidung von Zuwendungen (oder Hinterlassungen) des Pflichttheils und von in den Pflichttheil einzurechnenden Beträgen — in dem Sinne, daß damit feste technische Begriffe verbunden wären, — nicht darbieten. Es kommt hinzu, daß die beiden zuletzt besprochenen Gegensätze, welche an die dem Geber zugeschriebene Absicht der Ergänzung der einzelnen Zuwendungen anknüpfen, wissenschaftlich ohne Werth sind. Denn so viel wird sich aus der sogleich zu unternehmenden Betrachtung der einzelnen in den Quellen vorkommenden Formen der Gewährung des Pflichttheils deutlich ergeben, daß eine jede derselben mit Ausnahme der Anwachsung (eines Erbtheils) als für sich allein ausreichende Zuwendung des Pflichttheils auftreten kann. Eben darum kann das Verlangen, daß neben der Zuwendung eine Einrechnungspost unterschieden werde, nur dann berechtigt sein, wenn an die einander gegenüber gestellten Begriffe besondere, für unsre Lehre erhebliche Rechtssätze anknüpfen: solche aber lassen sich jedenfalls bei Zugrundelegung der oben besprochenen Unterschiede nicht erkennen. — Die gleichen Bemerkungen sind gegenüber einer andern denkbaren Unterscheidung zu machen. Bei den meisten

[8]) So deutlich l. 3 § 18. 19 (verglichen mit § 16. 17) D. de bon. libert. 38. 2 — Anm. 3 und 4.

[9]) Ulp. l. 8 § 3 D. de bon. libert. 38. 2 — in Anwendung auf die mortis causa donatio —: ceterum si ei (sc. patrono) vivus libertus donavit, ille accepit, non idcirco erit repulsus a contra tabulas bonorum possessione, *quia potest dicere sperasse quod in testamento quoque gratus circa eum fieret* —. Aehnlich wird es meist gemeint sein, wenn unter Lebenden geschenkt wird hac — contemplatione, ut in quartam habeatur (computetur), l. 25 pr. D. h. t. l. 35 § 2 C. eod.

der für den Pflichttheilsanſpruch erheblichen Zuwendungen unter Lebenden (Dos, Eheſchenkung, käuflicher Dienſt) kann zur Zeit ihrer Vornahme der Wille der künftigen Anrechnung auf Seiten der Betheiligten fehlen: die Anrechnung findet auf Grund der Rechtsvorſchrift doch ſtatt. Eben aber in ſolchen Fällen, wo es an jenem Willen mangelt, wird man geneigt ſein, von einer bloßen Einrechnung in den Pflichttheil — im Gegenſatz zur Zuwendung — zu ſprechen. Auch hier jedoch erhebt ſich das Bedenken, daß die nämlichen Rechtsgeſchäfte unter Lebenden alle jene ſoeben angedeuteten Zuwendungen bald mit bald ohne Hinzutritt des beſchriebenen Parteiwillens herſtellen, und daß es nicht von rechtlicher Bedeutung iſt, ob dieſer Wille im einzelnen Falle vorlag oder nicht.

Nach einer Richtung hin beſteht allerdings, wie ich meine, eine Veranlaſſung, die Zuwendung auf den Pflichttheil von der bloßen Einrechnung in denſelben zu unterſcheiden: nur handelt es ſich dabei um einen Gegenſatz, der ſeine Grundlagen nicht im claſſiſchen Recht, ſondern erſt im jüngſten Kaiſerrecht findet. Man hat auszugehen vom Gegenſatz der *querella inofficiosi testamenti* und der Ergänzungsklage. Letztere ſetzt begrifflich das Daſein einer erſten, ungenügenden Zuwendung voraus, ſie verlangt, daß dieſe bis zum Pflichttheil erfüllt werde. Bei der Querel iſt das nicht ſo: in dem Zeitpunkt, wo ihre Entſtehung in Frage kommt (dem der Antretung der Teſtamentserben) kann ebenſowohl einer einzigen, erſten Zuwendung wie einer Mehrzahl an einander gereihter Zuwendungen die Aufgabe zufallen, dieſe Klage abzuwenden, — ein Erfolg, der nach Juſtinianiſchem Recht auch bei unvollſtändiger Gewährung des Pflichttheils eintritt[10]). — Mit dieſem Unterſchiede verbindet ſich ein zweiter. Der Anſpruch des Notherben geht an ſich nur auf einen Bruchtheil des geſetzlichen Erbtheils, den Pflichttheil: aber nach den Grundſätzen der Querel muß dieſem Anſpruche ſpäteſtens im Zeitpunkt des Erwerbs der Teſtamentserben ganz oder zum Theil — ſo daß es bloß noch zur Ergänzungsklage kommen kann —

[10]) Anders das frühere Recht. Nach dieſem konnte der Berechtigte das Teſtament ſtets mit der Querel umſtoßen, wenn ihm auch nur nicht der volle Pflichttheil, oder zwar deſſen ganzer Betrag, dieſer aber nur unter einer Bedingung, Befriſtung oder Beſchwerung, hinterlaſſen war. Vergl. Alex. l. 8 § 1 C. h. t. (Zu dieſer Stelle Francke S. 244 Anm. 2). l. 8 § 11 D. h. t. § 6 J. h. t. (Die Faſſung des § 6 beruht auf einem Verſehen der Compilatoren).

genügt sein. Fehlt es daran, so setzt sich nun der Pflichttheilsanspruch definitiv in den mit der Querel zur Geltung zu bringenden Anspruch auf den gesetzlichen Erbtheil um: dieser neue Anspruch aber kann von jenem Zeitpunkt an nicht mehr dadurch abgewendet werden, daß dem Notherben nunmehr auf Grund einer Willenserklärung des Erblassers, z. B. einer Erbeseinsetzung durch Substitution, ein Erwerb angetragen wird, der zwar den vollen Pflichttheil, nicht aber den vollen gesetzlichen Erbtheil deckt. Auch hierin ist das Recht der Ergänzungsklage ein anderes. Diese geht unabänderlich auf Erhöhung der vom Erblasser dem Notherben gemachten Zuwendung bis zum vollen Betrag des Pflichttheils: eben darum wird dem Notherben diesem Anspruche gegenüber auch nach dem Erbschaftserwerb des Testamentserben jeder auf einer Anordnung des Erblassers beruhende Erwerb gültig angetragen. Hier erscheint nur dann ein Erwerb verspätet, wenn der Notherbe bereits seine Befriedigung durchgesetzt hat.

Mit Rücksicht auf diese Gegensätze, die ich unten gegen das Ende von II weiter ausführe, wird man das Bedürfniß einer Unterscheidung im Ausdruck anerkennen müssen. Allerdings nicht in dem Sinne, als wären einzelne Erwerbungen zwar im Hinblick auf die Ergänzungsklage, nicht aber gegenüber der Querel geeignete Formen der Gewährung des Pflichttheils. Wohl aber ist jetzt anzuerkennen, daß nach Lage des einzelnen Falls ein gewisser Erwerb zwar zur Einrechnung in den Pflichttheil, Behufs der Abwendung der Ergänzungsklage, geeignet sein kann, nicht aber gegenüber der Querel als Zuwendung (Hinterlassung) des Pflichttheils behandelt werden darf. Freilich ist die Zahl der in solcher Weise lediglich als einzurechnende Vortheile zu bestimmenden Erwerbungen, wie sich unter III ergeben wird, eine geringe.

In dem dargestellten Sinne wird im Folgenden, soweit das Bedürfniß besteht, zwischen Zuwendung und Einrechnung unterschieden werden. Ich stelle jetzt nach einander die sämmtlichen möglichen Formen einer Gewährung des Pflichttheils dar: dabei wird fortlaufend bei den einzelnen Formen gezeigt werden, wie diese sich zur Zuwendung des Pflichttheils — im Sinne der soeben begründeten Unterscheidung — eignen. Die Erörterung der lediglich einzurechnenden Erwerbungen ist eine so einfache, daß sie unter III nachgeholt werden kann. — Von einer „Anrechnung" auf den Pflichttheil wird mehrfach, wo es die Bequemlichkeit des Ausdrucks wünschenswerth macht,

geſprochen werden, ohne daß das Wort eine Beziehung auf den erwähnten Gegenſatz ausdrückte.

A. Erbeseinſetzung. Der Erblaſſer kann eine Zuwendung auf den Pflichttheil vor Allem durch Rechtsgeſchäft auf den Todesfall machen. An eine einzelne Rechtsform iſt er nicht gebunden, es bieten ſich Erbeseinſetzung, Vermächtniß, Schenkung auf den Todesfall [11]). Die Erbeseinſetzung braucht nicht auf das Notherbenrecht Bezug zu nehmen; doch kann auf dieſes hingewieſen, es kann namentlich geradezu auf den Pflichttheil eingeſetzt werden [12]). Auch in dieſem Falle liegt wahre Erbeseinſetzung vor, ſofern nur der Wille gewiß iſt, den Notherben zum Erben zu ernennen. Dieſelbe hat keine eigenthümliche Natur, ſie verweiſt auf die Grundſätze des Pflichttheilsrechts lediglich um den Umfang des Erbtheils zu beſtimmen, daneben etwa noch zur Bezeigung des Willens, jedenfalls dieſen Grundſätzen oder auch nur ihnen zu genügen. Es iſt demnach unrichtig, wenn Glück dem in ſolcher Weiſe Eingeſetzten die Anwachſung abſpricht [13]).

Ohne Zweifel genügt ferner die Einſetzung auf eine beſtimmte Summe oder Sache. Dies lehren die Aeußerungen, daß der Erblaſſer der Vorſchrift des Pflichttheilsrechts nicht allein durch Erbeseinſetzung, ſondern auch durch Vermächtniß oder Schenkung auf den Todesfall gerecht wird (Anm. 11); weiter zeugt dafür § 3 J. h. t., wo die Querel der Notherben allgemein ausgeſchloſſen

---

[11]) § 6 J. h. t. 2. 18. l. 33 pr. l. 36 pr. § 2 verglichen mit l. 30 pr. C. eod. l. 8 § 6 D. eod.

[12]) Bei der Querel finde ich nur wenige Hindeutungen auf dieſen Fall. Vergl. § 7 J. h. t. 2. 18. l. 6. l. 8 pr. l. 33 pr. C. h. t. 3. 28. — Dagegen bietet ſich beim Pflichttheilsrecht des Patrons eine lange Reihe von Anwendungen. Vergl. z. B. l. 21 § 2 D. de jure patron. 37. 14. l. 3 § 10. l. 5 pr. l. 19 § 1. l. 41. l. 44 pr. § 2. l. 50 § 4 D. de bon. libert. 38. 2. l. 3 pr. D. si quid in fraud. patron. 38. 5.

[13]) Comment. VII S. 68 f. Glück bezieht ſich auf l. 6 pr. D. de B. P. 37. 1: dieſe Stelle aber bezeugt lediglich eine Eigenthümlichkeit der auf die Hälfte des Nachlaſſes geſtellten bon. poss. contra tabulas des Patrons (Schmidt, Pflichtth.-R. S. 41 bei Anm. 19. S. 88 bei Anm. 151). Ebenſowenig ſpricht für Glück die (übrigens nicht von ihm angerufene) l. 21 § 2 D. de jure patron. 37. 14; ſie enthält nur den Satz, daß der zur bon. poss. *secundum* tabulas berechtigte Patron nicht die bon. poss. *contra* tabulas durch Anwachſung erlangen kann (vergl. Schmidt S. 41 Anm. 18). — Ueber eine andere angebliche Eigenthümlichkeit der vorliegenden Erbeseinſetzung, die — gleichfalls ohne Grund — von Mühlenbruch behauptet wird, vergl. oben § 38 bei Anm. 2. (S. 294.)

wird, si — quantacunque pars hereditatis *vel res* eis fuerit relicta [14]). Entſpricht es doch dem Weſen des materiellen Notherbenrechts, daß auch die Erbeseinſetzung des Pflichttheilsberechtigten nur in ihrer Bedeutung als Bedenkung aus dem Nachlaß in Frage kommt. Darum war der Pflichttheilsberechtigung des Patrons Genüge gethan, wenn auch nur ein Gewaltuntergebener deſſelben zum Erben eingeſetzt war [15]). Und umgekehrt hat aus jenem Grunde eine Einſetzung auf Nichts vor den Vorſchriften jenes Notherbenrechts keine Bedeutung, wohl aber iſt die Querel ausgeſchloſſen, wenn neben dieſer Einſetzung eine andere rechtlich zuläſſige Zuwendung auf den Pflichttheil vorliegt [16]). Daß ſchon nach dem Recht des Codex die Einſetzung mit fideicommiſſariſcher Auflage der ſpäteren Herausgabe an einen Dritten, damit die Beſchränkung des Notherben auf die Früchte der Zwiſchenzeit zwar (wie früher) als an ſich unzuläſſig behandelt, aber durch verhältnißmäßige Beſeitigung der Beſchwerung aufrecht erhalten wird, iſt bei der Lehre von der unzulänglichen Zuwendung des Pflichttheils zu beſprechen (§ 44).

B. Das Vermächtniß iſt zuläſſige Zuwendung auf den Pflichttheil nicht allein dann, wenn neben ihm eine Erbeseinſetzung oder eine ſonſtige Form der Hinterlaſſung ſteht, ſondern auch wenn daſſelbe als die einzige Bedenkung des Notherben auftritt [17]). Auch hierin gelten die gleichen Grundſätze bei der Pflichttheilsberechtigung des Patrons [18]). — Selbſtverſtändlich muß den Vorſchriften des formellen Notherbenrechts genügt ſein, wenn der Pflichttheilsberechtigte an deſſen Vortheilen Theil hat: dies gilt auch bei den weiteren demnächſt zu erörternden Zuwendungsformen. Den Satz, daß das unter

---

[14]) Gegen eine ältere abweichende Anſicht Arndts S. 615 bei Anm. 242.

[15]) Ausreichende Erbeseinſetzung des Patrons ſchließt die bon. poss. contra tabulas aus: l. 3 § 10. l. 19 § 1. l. 20 pr. D. de bon. libert. 38. 2. Das Gleiche aber gilt, wenn neben demſelben oder auch ausſchließlich ſein Sclav eingeſetzt iſt: l. 45. l. 50 pr. § 1. 2 D. eod. l. 21 § 1 D. de jure patron. 37. 14, — oder ſein Hausſohn: l. 50 § 2 D. cit. Vergl. Schmidt a. a. O. S. 72 f.

[16]) Vergl. Mühlenbruch S. 320 f.

[17]) § 6 J. h. t. Igitur quartam quis debet habere, ut de inofficioso testamento agere non possit: *sive* jure hereditario *sive jure legati vel fideicommissi* —. l. 33 pr. C. eod.: — *sive* in hereditate *vel* in legato *vel* in fideicommisso. l. 30 pr. C. eod. — et aliquam eis quantitatem in hereditate *vel* legato *vel* fideicommisso — reliquerint.

[18]) l. 3 § 15. 16. l. 44 D. de bon. libert. 38. 2.

einer Bedingung oder Befriſtung hinterlaſſene Erbſchafts- wie Einzelvermächtniß zu einer geeigneten Form der Hinterlaſſung gemacht wird, indem das Recht die Beſchränkung verhältnißmäßig wegfallen läßt (l. 30 § 1 C. h. t. 3. 28), verweiſen wir wieder in die Lehre von der unzulänglichen Zuwendung des Pflichttheils (§ 44).

C. Gleich dem Vermächtniß iſt die dieſem nah verwandte Schenkung auf den Todesfall als Art der Zuwendung des Pflichttheils anerkannt[19]).

Ich unterbreche hier vorerſt die Beſprechung der auf den Todesfall gemachten Zuwendungen. Gültige Zuwendungsformen ſind zwar noch, wie ich annehme, die Berufung zum Erben durch Vulgarſubſtitution und (bei Vorhandenſein einer weiteren Zuwendung) die Anwachſung eines Erbtheils, allein dieſe erfordern wegen einer an ſie anknüpfenden Streitfrage eine eingehende Unterſuchung: um daher die Ueberſicht der ſämmtlichen Formen der Zuwendung zu erleichtern, ſetze ich jene beiden Fälle für die unten folgende Num. II aus. Daß die Pupillarſubſtitution und die Leiſtung zur Erfüllung einer Bedingung nicht zur Zuwendung des Pflichttheils dienlich ſind, zeige ich im § 40.

Ich betrachte demnach jetzt

D. die Gewährung des Pflichttheils durch Rechtsgeſchäft unter Lebenden. Regel iſt, daß die unter Lebenden gewährten Vermögensvortheile die Pflichttheilsberechtigung nicht berühren. Den urſprünglichen weiten Umfang der Regel bezeugen zwei Conſtitutionen von Alexander[20]). Wenn hier der vom Erblaſſer gegebenen Dos die Bedeutung einer Zuwendung auf den Pflichttheil abgeſprochen wird, *quoniam vivente patre bonis ejus fuit separata*, ſo paßt dieſe Begründung allgemein auf die durch Rechtsgeſchäfte unter Lebenden vollzogenen Zuwendungen. In der That kennt das Pandektenrecht nur Eine wirkliche Ausnahme: als ſolche erſcheint nach Ulp. l. 25 pr. D. h. t. die Schenkung unter Lebenden, ſofern dieſe mit der Beſtimmung der Anrechnung auf den Pflichttheil gemacht wird. — Wenn es in der Stelle heißt:

[19]) Vergl. namentlich l. 8 § 6 D. h. t. — Das im Text Geſagte trifft auch beim Pflichttheilsrecht des Patrons zu; es iſt Zufall, daß die Quellen nur der Ergänzung durch Schenkung auf den Todesfall gedenken: l. 3 § 17 D. de bon. libert. 38. 2. Schmidt S. 72 f. in Anm. 121.

[20]) l. 1. 2 C. Greg. h. t. — Haen. col. 14 f.

— potest dici inofficiosi querellam cessare, si quartam in donatione habet *aut si minus habeat, quod deest viri boni arbitratu repleatur:* aut certe conferri oportere id quod derelictum est, ſo haben ältere wie neuere Schriftſteller mit Recht die im Druck hervorgehobenen Worte als Einſchiebſel der Compilatoren bezeichnet [21]). Die Annahme einer Interpolation liegt an ſich nahe in Betracht von Juſtinian's Neuerung bezüglich der Ergänzungsklage (l. 30 C. h. t.), ſie wird überdies durch die Conſtruction des Fragments zur Gewißheit erhoben.

Unzweifelhaft geſchieht der Pflichttheilsberechtigung Genüge, auch wenn die Schenkung die einzige dem Notherben gemachte Zuwendung darſtellt [22]). Die Beſtimmung aber, daß das Gegebene auf den Pflichttheil zugewendet werde, muß ſofort bei der Vornahme der Schenkung getroffen werden [23]), ſie iſt auch nicht ſchon in dem Vorbehalt zu finden, daß das Zugewendete auf den Erbtheil angerechnet werde: daraus entſteht nur eine Verpflichtung zur Collation [24]).

Die dargeſtellte Behandlung der Schenkung unter Lebenden kehrt wieder im patronatiſchen Pflichtheilsrecht, wenn auch dort äußerlich nur von ihrer Anrechnung auf den Pflichttheil geſprochen wird [25]).

Die gleiche Function, wie ſie ſoeben der Schenkung zugewieſen wurde, kann nach kaiſerlichen Conſtitutionen den folgenden Bezügen des Notherben zukommen, die man mit Unrecht regelmäßig nur bei der Einrechnung in den Pflichttheil zur Sprache bringt: der von dem zu beerbenden Aſcendenten gegebenen Dos oder Eheſchen-

---

[21]) So die bei *Schulting*, not. ad Dig. h. l. Genannten, von den Neueren Francke S. 236 f. Windſcheid III § 582 Anm. 6 im Eing. — Schwankend Mühlenbruch **35** S. 301 f.

[22]) § 6 J. h. t. Igitur quartam quis debet habere, ut de inofficioso testamento agere non possit: sive jure hereditario — vel si mortis causa ei quarta donata fuerit *vel inter vivos* in his tantummodo casibus, quorum nostra constitutio (l. 35 § 2 C. h. t.) mentionem facit. — Vergl. auch l. 35 § 2 C. cit.

[23]) § 6 J. h. t. 2. 18, verbunden mit l. 35 § 2 C. cit. Bas. **39. 1.** 21 schol. 1.

[24]) Vergl. das Erk. des O.-A.-G. zu Lübeck vom 30. Juni 1859 bei Seuffert **14.** 151, — auch etwa das Erk. des O.-A.-G. zu Caſſel vom 7. Nov. 1863, daſ. **18.** 97.

[25]) So Ulp. l. 3 § 18 D. de bon. libert. 38. 2.

kung[26]), — dem vom Erblaſſer gewährten käuflichen Dienſte. Daß dieſe Bezüge auch zur Zuwendung des Pflichttheils genügen, im gegebenen Fall als einzige vorhandene Formen der Zuwendung ausreichen, ergibt ſich ſchon aus der mehrfach betonten Gleichgültigkeit des Pflichttheilsrechts gegenüber der Art der Zuwendung[27]). Dazu kommen beſondere Beweiſe. Der § 6 J. h. t. 2. 18 nennt neben den ſämmtlichen bisher erörterten Formen, in welchen der Pflichttheil (quarta) zur Abwendung der Querel gewährt werden kann, die *alii modi, qui constitutionibus continentur:* dabei iſt grade an die jetzt zur Unterſuchung ſtehenden Fälle zu denken[28]). Von der Dos aber ſagt es die l. un. § 12 C. de rei uxor. act. 5. 13 ausdrücklich, daß ſie für ſich allein zulängliche Zuwendungsform des Pflichttheils iſt[29]).

Kurz zu berühren iſt hier eine geſchichtliche Frage. Als die Quelle des Satzes, daß die Dos eine Zuwendung auf den Pflichttheil begründet, wird regelmäßig die l. 29 C. h. t. (Zeno a. 479) bezeichnet[30]). Allein der Inhalt dieſes Geſetzes iſt einer ſolchen Annahme nicht günſtig. Daſſelbe beſtimmt zunächſt: weil von Leo die Collation der Eheſchenkung nach dem Vorbilde der Collation der Dos vorgeſchrieben ſei (l. 17 C. de collat. 6. 20), ſo ſolle nun auch die Eheſchenkung in den Pflichttheil eingerechnet werden. Sodann wird verordnet (bei Krüger § 1): wenn die Mutter oder wenn die väterlichen oder mütterlichen Großeltern zweiten oder dritten Grades für ein Kind eine Dos oder Eheſchenkung beſtellen, ſo ſei dieſe bei der Beerbung des betreffenden Aſcendenten nicht allein zu conferiren, ſondern auch in den Pflichttheil einzurechnen. Hiernach ſcheint Zeno für die Beerbung des Vaters die Einrechnung der Dos in den Pflichttheil als beſtehendes Recht vorauszuſetzen, neues Recht nur in Bezug auf die in § 1 genannten Aſcendenten zu ſchaffen. Auch die angeführte l. 17 C. von Leo (472) läßt keine Gewißheit über den Urſprung des Rechtsſatzes gewinnen. Nach ihr

---

[26]) l. 29 C. h. t. 3. 28.

[27]) l. 30 § 2 C. h. t. l. 20 pr. C. de collat. 6. 20.

[28]) Die angerufenen Kaiſergeſetze ſind die in den Anm. 26 und 27 bezeichneten. Vergl. *Schrader* ad § 6 J. cit. Mühlenbruch **35** S. 307.

[29]) l. un. § 12 C. cit.: — cum dos possit et de inofficioso actionem excludere, maxime si sufficit ad quartam —.

[30]) Glück VII S. 94 f. Anm. 38. Francke S. 236. Mühlenbruch **35** S. 302 f. Vergl. auch *Schrader* ad § 6 J. h. t.

ſoll fortan bei der geſetzlichen Erbfolge jeder Deſcendent die von dem zu beerbenden näheren oder entfernteren Aſcendenten beſtellte Dos oder Eheſchenkung conferiren: ſie iſt das bekannte Geſetz, welches die bisherige Dotalcollation der Haustochter zu der angegebenen allgemeineren Collation erweiterte[31]); von der Einrechnung in den Pflichttheil ſpricht ſie nicht. Nach allem dem ſteht nur ſoviel feſt, daß in der Zeit von Alexander (l. 1. 2 C. Greg. de inoff. test. — vergl. Anm. 20) bis zu dem beſprochenen Geſetz von Zeno bei dem vom Vater Namens der (gewaltunterworfenen oder emancipirten) Tochter beſtellten Dos die Anrechnung auf den Pflichttheil zum Rechtsſatz — gewiß mittelſt kaiſerlicher Verordnung — erhoben iſt.

Noch iſt die praktiſche Geltung des Satzes von der Eheſchenkung und dem käuflichen Dienſt zu prüfen. Bei der Erſteren iſt überhaupt ihr Vorkommen im heutigen Recht, damit das Fortbeſtehen des Rechtſatzes über ihre Einrechnung in den Pflichttheil beſtritten. Es wird vielfach angenommen, die beim römiſchen Inſtitut geltenden Grundſätze ſeien auf die nach einheimiſchem Recht der Frau gegenüber dem von ihr in die Ehe Eingebrachten durch den Mann zugeſicherte Widerlage — das Gegenvermächtniß — zu übertragen[32]). Dem darf nicht zugeſtimmt werden. Es iſt oft genug von Lehrern des römiſchen wie des deutſchen Rechts die völlig ſelbſtändige Natur der Widerlage betont worden: ſollten wir auf dieſe das Recht der römiſchen donatio propter nuptias anwenden dürfen, ſo ließe ſich die Berechtigung dazu nur auf einen Satz des Gewohnheitsrechts gründen. Ein ſolcher iſt nicht erweislich[33]).

Von dem dem Notherben verſchafften käuflichen Dienſte ſollte nach Juſtinian's Vorſchrift in l. 30 § 2 C. h. t. 3. 28 der Werth zur Zeit des Todes des Erblaſſers bei der Berechnung des Pflicht-

---

[31]) Vergl. darüber Fein, Collation S. 199 ff. Leiſt, Fortſ. von Glück, Serie der Bücher **37** und **38** S. 238—242.

[32]) So Glück, Comment. **25** S. 310—319. Mittermaier, deutſch. Priv.-R. § 393 Num. II. Fein, Collation S. 262 f. Windſcheid II § 508 a. E. — Aeltere Vertreter der Anſicht nennt Glück S. 309. 310.

[33]) Vergl. (außer älteren, bei Glück **25** S. 309 genannten Schriftſtellern) Francke S. 238 in Verbindung mit Arch. f. civ. Prax. **26** S. 84. Mühlenbruch **35** S. 309 Anm. 22. Sintenis III § 131 und Text dazu, Arndts Pand. § 313 bei Anm. 1. Unger, öſterr. Erbrecht § 46 Anm. 4. Leiſt, Fortſ. III S. 433. — Beſeler, deutſch. Priv.-R. Aufl. II § 138 unter III b. Gerber, deutſch. Priv.-R. § 239, beſonders Anm. 7.

theils in Anſatz kommen. Dieſer Satz ſteht im Einklang mit der Regel des § 38 (S. 235), wonach auch der Pflichttheil auf Grund des im gleichen Zeitpunkt vorhandenen Vermögensbeſtandes gewährt werden ſoll. Uebrigens iſt die Beſtimmung in Anſehung der militia ohne Zweifel unpraktiſch, da wir Dienſtverhältniſſe der vorausgeſetzten Art nicht kennen[34]).

E. Die hier erörterten Fälle eines durch Rechtsgeſchäft unter Lebenden zugewendeten Erwerbs ſind die einzigen, welchen die Quellen die Bedeutung von Zuwendungen auf den Pflichttheil beilegen. Zwar iſt mehrfach verſucht, ihre Zahl zu vermehren, aber derartigen, meiſt ſchon von andrer Seite zurückgewieſenen Ausführungen iſt durchweg zu widerſprechen.

Wenn Glück[35]) die Schenkung unter Lebenden auch ohne bedungene Anrechnung in dem Falle hierher zieht, wo andern Kindern eine vom verſtorbenen Aſcendenten empfangene Dos oder Eheſchenkung angerechnet wird, ſo iſt damit ein zu conferirender Erwerb ohne Weiteres als Zuwendung auf den Pflichttheil aufgefaßt. Von einem ſolchen Verfahren aber muß grade bei l. 20 § 1 C. cit. der Umſtand abhalten, daß noch im Principium der Stelle jener Schluß aus der geſetzlichen Collationspflicht auf die Anrechnung beim Pflichttheil als unzuläſſig bezeichnet wird[36]).

Eine Anſicht, die ſchon früher, wenn auch nur in allgemeinen Ausdrücken, in der Theorie angeſchlagen war[37]), — die Meinung, als Zuwendung auf den Pflichttheil dürfe behandelt werden, was der Erblaſſer dem Notherben zur Einrichtung eines eignen Hausſtandes, zur Begründung einer ſelbſtändigen Lebensſtellung gegeben hat (subsidium paternum), — iſt in neueſter Zeit in bedingter Faſſung in einem Erkenntniß des O.-A.-G. zu Oldenburg von 1870[38]) näher ausgeführt. Die Grundlage der Entwicklung bildet die gewiß richtige Annahme, daß nach einheimiſchem Recht das subsidium paternum conferirt werden muß[39]), ſo namentlich — was die vorliegende

[34]) Fein a. a. O. S. 263. Francke S. 238. Vergl. auch Mühlenbruch S. 303 f.

[35]) Commentar VII S. 95.

[36]) Vergl. Francke S. 239—241. Mühlenbruch 35 S. 305—307. Arndts S. 612 Anm. 231.

[37]) Von ihr ſpricht Francke S. 241.

[38]) Mitgetheilt in zwei Stücken bei Seuffert, Arch. 25. 249. und 251.

[39]) Das Verdienſt, dieſen Satz aus den Quellen des einheimiſchen Rechts eingehend begründet zu haben, gebührt Leiſt, Forſ. III S. 299—334. S. 406—433.

richterliche Entſcheidung veranlaßt hat — die deutſche Ausſteuer (Heirathsgut). Genauer angeſehen ſoll man dabei nicht von einem eigentlichen Conferendum zu reden haben, ſondern von einem Vorempfang: der deutſche Rechtsſatz ſoll davon ausgehen, daß der, welcher ſeinem Deſcendenten eine ſolche Verſorgung gewährt, dies (präſumtiv) nur mit Rückſicht auf den Erbfall will, und daß der Deſcendent die Verſorgung in dieſem Sinne annimmt. Indeſſen beſagen Sitte und Recht nur, daß das Heirathsgut (von dieſem redet der hier in Betracht kommende Schluß der Entſcheidung Num. 249 allein) auf den Erbtheil gegeben ſei: beſchränke ſpäter der Geber den Empfänger auf den Pflichttheil, ſo ſei es lediglich Thatfrage, ob er die Anrechnung des Empfangenen beibehalten, oder neben der Beſchränkung auf den Pflichttheil die Collation wegfallen laſſen wolle. Die Möglichkeit einer ſolchen nachträglichen Anordnung der Einrechnung in den Pflichttheil wird gegenüber der anerkannten Regel, daß die Anordnung ſogleich bei der Hingabe zu erfolgen hat[40]), ſo gerechtfertigt (Num. 251): das Heirathsgut werde gegeben und angenommen als Abſchlagszahlung auf den dereinſtigen Erbtheil, alſo mit der Verpflichtung zur Collation. Hinſichtlich der mit einer ſolchen Auflage fortgegebenen Werthe aber müſſe der Erblaſſer noch im Teſtament die Einrechnung in den Pflichttheil anordnen können; der Erbe ſei auf den Betrag des Vorempfangs wirklich honorirt, alſo könne der Erblaſſer verfügen, er ſolle nur den Pflichttheil erben und dabei das, was er auf ſeinen Erbtheil erhalten, anrechnen.

Unleugbar iſt die Entſcheidung klar gedacht und tüchtig begründet. Dennoch läßt ſie ſich, wie ich überzeugt bin, nicht halten. Daß das deutſche Recht das subsidium paternum als Vorempfang auf den Erbtheil behandelt, demgemäß nach dem Werth zur Zeit der Hingabe bemißt, iſt zuzugeben[41]), auch läßt ſich geſchichtlich der Grund davon in der Erwägung finden, daß von den Betheiligten meiſt eine vorweg auf den Erbtheil zu machende Leiſtung beabſichtigt wird. Allein vom Standpunkt des fertigen Rechtsſatzes darf man nicht mit einem ſolchen präſumtiven Parteiwillen operiren, um daraus im einzelnen Fall die Zuläſſigkeit einer nachfolgenden engeren Begrenzung

[40]) Vergl. das oben bei Anm. 23 bezüglich der Schenkung Bemerkte.

[41]) Darüber Leiſt a. a. O. S. 308 f. S. 312 f. S. 318 f.

der Willenserklärung abzuleiten: der Rechtsſatz als ſolcher leitet ſeine Geltung lediglich aus der ihm von der erzeugenden Rechtsquelle beigelegten verbindlichen Kraft her. — Ferner begründet aber auch das subsidium paternum, wie die Urtelsverfaſſer ſelbſt annehmen, nur eine Anrechnung auf den Erbtheil, nicht eine ſolche auf den Pflichttheil. Wäre alſo auch, was ich ſoeben beſtritt, von der einen Vorempfang auf den Erbtheil bezweckenden Willensbeſtimmung der Parteien auszugehen, ſo müßte doch dem Geber die Befugniß abgeſprochen werden, den Vorempfang nachträglich in eine Einrechnung auf den Pflichttheil umzuwandeln. Daß das nicht ſtatthaft ſein kann, zeigt eine einfache Erwägung. Es darf durchaus nicht für alle Fälle geſagt werden, das Kind würde den Vorempfang auch dann angenommen und zu dem von beiden Theilen in's Auge gefaßten Zwecke (z. B. zur Beſchaffung einer beſonders reichhaltigen Ausſteuer) verwendet haben, wenn ihm bekannt geweſen wäre, daß ihm damit der nach den engen Grenzen des Pflichttheils bemeſſene Erbtheil oder doch eine Zuwendung auf denſelben zukomme. Und doch iſt die vom Oldenburger Erkenntniß angenommene Willenserklärung, wie ſie dem subsidium paternum zu Grunde liegt, eine zweiſeitige; daher darf auch für die Folgezeit der Wille des Kindes nicht außer Betracht gelaſſen werden[42]).

Noch auf einem andern Punkte hat man den Grundſätzen von der Collation einen ungehörigen Einfluß auf unſre Lehre einräumen wollen: man wollte dem Enkel auf den Pflichttheil anrechnen, was für ſeinen verſtorbenen Erzeuger Zuwendung auf den Pflichttheil und Conferendum war. Und doch kommen im materiellen Notherbenrecht nur Zuwendungen in Betracht, welche dem einzelnen Notherben ſelbſt auf ſeinen Pflichttheil gemacht werden[43]).

---

[42]) Was insbeſondere den im Erkenntniß in's Auge gefaßten Fall der Ausſteuer betrifft, ſo wird ſich deren Anrechnung auf den Pflichttheil nur inſoweit rechtfertigen laſſen, als dieſelbe nach den Grundſätzen von der Dos zu behandeln iſt. Wo der Ausſteuer gegenüber der römiſchen Dos eine ſelbſtändige Natur zukommt — und einen ſolchen Rechtszuſtand ſetzen die Urtelsverfaſſer voraus —, iſt die Anrechnung zu beſtreiten. Daran vermag auch eine Zurhülfenahme des Begriffs des subsidium paternum nichts zu ändern; denn Letzteres hat nur Bedeutung für die Collation, nicht für die Anrechnung auf den Pflichttheil.

[43]) Aeltere Litteratur bei Francke S. 242. In der neueren Spruchfällung iſt die hier zurückgewieſene Anſicht zur Geltung gekommen im Erk. des O.-A.-G. zu Lübeck vom 28. Februar 1825 bei Seuffert 7. 75. Für die Auffaſſung unſres

Nur eine einzelne Stimme (Schweppe) hat den Ausſpruch Juſtinian's über die militia auf Alles übertragen wollen, was zum Ankauf einer käuflichen Sache gegeben iſt. Dies hat bereits Francke[44]) widerlegt.

II. Oben bei der Beſprechung der möglichen Zuwendungen auf den Pflichttheil durch Rechtsgeſchäft auf den Todesfall wurde die Erörterung des Erwerbs eines Erbtheils durch Subſtitution oder Anwachſung ausgeſetzt: beide jetzt zu betrachtende Fälle ſind wegen eines auf den einen wie andern bezüglichen Ausſpruchs der Quellen mit einander zu verbinden. Ich will von vorn herein an dieſes äußere Zeugniß — die l. 36. pr. C. h. t. 3. 28 von Juſtinian — anknüpfen; zwar redet daſſelbe nur vom Anſpruch auf Ergänzung des Pflichttheils, allein ſein Inhalt iſt für die Unterſuchung in deren ganzem Umfange an erſter Stelle maßgebend.

Juſtinian will eine Entſcheidung darüber treffen, ob die durch ſeine l. 30 C. h. t. begründete Ergänzungsklage auch dann ſtattfindet, wenn die auf den Pflichttheil unter Lebenden oder auf den Todesfall geſchenkte oder auch durch Teſtament zugewendete Sache dem Notherben entwehrt wird, — wenn Vermächtniß oder Schenkung auf den Todesfall der Falcidiſchen Quart unterliegt. Die Anwendung des Falcidiſchen Geſetzes ſchließt er aus, bei gänzlicher oder theilweiſer Entwehrung aber ſoll eine andere Sache oder Geld gewährt oder das Entzogene ergänzt werden. Demnach ſoll gleichmäßig nur Ergänzung beanſprucht werden können, mag von Anfang an zu wenig geleiſtet ſein oder mag nachträglich ein äußerer Umſtand eine Schmälerung der Zuwendung (aliquod gravamen — vel in quantitate vel in tempore) erzeugt haben. An dieſe Beſtimmung ſchließen ſich die Worte:

> — Repletionem autem fieri ex ipsa substantia patris, non si quid ex aliis causis filius lucratus est *vel ex substitutione vel ex jure adcrescendi, puta usus fructus:* humanitatis etenim gratia sancimus ea quidem omnia quasi jure adventicio eum lucrari, repletionem autem ex rebus substantiae fieri.

Dieſe Aeußerung, namentlich der hier im Druck hervorgehobene Ausſpruch über den Erwerb aus Subſtitution und Anwachſung, hat die verſchiedenſten Deutungen erfahren: ich will nur die folgenden

Textes ſind die Erkk. des O.-A.-G. zu Celle vom 16. Januar 1849 und des O.-A.-G. zu Oldenburg vom 1. Juli 1874 (Seuffert 8. 69. **29.** 252).

[44]) Notherbenrecht S. 36.

nennen. Nach Donell[45]) wäre bei der „Subſtitution" nur an die Anordnung eines Fideicommiſſes, bei der Anwachſung nur an einen vermachten (ſchon erworbenen) Nießbrauch zu denken. Der erſte Theil dieſer Anſicht, gegen den ſich ſeit lange die herrſchende Lehre mit Recht erklärt hat, verleiht dem Ausdruck „substitutio" einen Sinn, der ihm kaum einmal in den Quellen zukommt, — der zweite Theil überſieht es, daß der anwachſende Nießbrauch nur als Beiſpiel („puta") genannt wird. — Von den Neueren nimmt Arndts[46]) die Erwähnung der Subſtitution und Anwachſung ganz allgemein, ſo daß auch die auf jenen Wegen zufallenden Erbtheile unter dieſen Ausdrücken begriffen wären. Dieſer Anſicht ſtellen ſich die Gründe entgegen, die wir unten für die Beſchränkung auf Vermächtniſſe beibringen. — Brinz[47]) beſchränkt gleich Donell die Anwachſung auf den anwachſenden Nießbrauch, in der Subſtitution ſieht er die pupillaris. Iſt hier auch ſoviel zuzugeben, daß die Pupillarſubſtitution nicht als Zuwendung auf den Pflichttheil gelten darf, ſo iſt doch eben ſo gewiß zu beſtreiten, daß Juſtinian mit dem bloßen Ausdruck „substitutio" das ſonſt nirgends im Geſetz berührte Pupillarteſtament hätte bezeichnen wollen. Ferner gelten auch gegen Brinz die unten auszuführenden Gründe für die Beziehung der Ausdrücke „substitutio" und „jus adcrescendi" auf Fälle der Sondernachfolge. — Der Anſicht von Brinz ſteht die von Windſcheid[48]) ſehr nahe. Letzterer fügt zum anwachſenden Nießbrauch die dem Grundſtück zuwachſende Alluvion hinzu: aber liegt nicht dort juriſtiſche, hier körperliche Acceſſion vor, und dürfen wir uns zwei ſo verſchiedenartige Formen des Rechtserwerbs unter der knappen Bezeichnung „jus adcrescendi" begriffen denken? Die „substitutio" ſoll auch nach Windſcheid die pupillare ſein; nach ihm aber wäre dieſe nur inſoweit keine Zuwendung auf den Pflichttheil, als nicht damit ein Erwerb von Theilen des Vermögens des Erblaſſers verbunden wäre. Auch auf dieſem Punkte können wir Windſcheid nicht folgen; unſer Widerſpruch ſoll im § 40 begründet werden.

Im Gegenſatz zu den beſprochenen Auffaſſungen folgen wir der durch Francke[49]) begründeten Anſicht. Dieſe hat ſich an erſter Stelle

[45]) Comment. de jure civ. lib. 19 c. 4 n. 35.

[46]) Civ.-Schriften II S. 612 Anm. 228. S. 615 bei Anm. 241.

[47]) Abth. II § 202 S. 848.

[48]) Pand. III § 581 Anm. 7 und 8.

[49]) Recht der Notherben S. 232—234. Francke folgen Mühlenbruch 35

darauf zu ſtützen, daß Juſtinian überall nur von Zuwendungen beſtimmter Sachen redet und von Zuwendungen durch Vermächtniß und Schenkung: danach laſſen ſich auch die von außen herzutretenden Erwerbungen aus Subſtitution oder Anwachſung nur auf den in ſolcher Weiſe vermittelten Erwerb im Gebiet der Vermächtniſſe und (was die Anwachſung angeht) etwa noch der Schenkungen auf den Todesfall beziehen. Beſonders klar tritt dieſe Beſchränkung bei der Anwachſung hervor: einmal deutet hier das einzige vom Geſetz genannte Beiſpiel des Nießbrauchs auf jene vorher genannten Titel eines Einzelerwerbs hin, und ſodann ſieht man ſich doch auch wegen der näheren Beſtimmung der Anwachſung, da dieſe ihrem Weſen nach nur Erweiterung eines urſprünglichen Erwerbs iſt, auf jene voraufgehenden Aeußerungen des Geſetzes angewieſen. Hat aber damit unſre Auffaſſung beim Fall der Anwachſung eine feſtere Stütze am Inhalt des Geſetzes gewonnen, ſo muß dies auch zur Beſtärkung der auf die Subſtitution bezüglichen Annahme dienen.

Zu dem gleichen Ergebniß führt die Betrachtung der Natur der vorliegenden Vorſchrift. Der Kaiſer betont mit Recht, daß es ſich bei der Ergänzung des Pflichttheils (und Gleiches iſt von aller Zuwendung auf dieſen zu ſagen) nur um Erwerbungen aus dem erblaſſeriſchen Vermögen ſelbſt handeln kann (ex ipsa substantia patris), nicht um Vortheile, die aus andern Quellen fließen, — ex aliis causis. Dabei iſt es aber eine handgreiflich unrichtige Beſtimmung, wenn der Erwerb aus Subſtitution und Anwachſung den aliae causae zugerechnet wird. Mag man immer mit Francke ſagen, der Kaiſer habe mittelſt der Erwähnung jener beiden Erwerbsgründe ſolche Zuwendungen auszeichnen wollen, die vom Erblaſſer vorzugsweiſe einem Andern als dem Notherben zugedacht waren, wahr bleibt es, daß beide Male dem Berechtigten lediglich Theile des Nachlaſſes (alſo der substantia testatoris) zufallen. Demnach iſt mit Beſtimmtheit zu ſagen, daß Juſtinian's Ausſpruch ein regel-

---

S. 294—300. Sintenis III § 196, Text bei Anm. 10. Vangerow II § 476 Anm. 2. — An einer andern Stelle (S. 328—330) findet Mühlenbruch noch ferner in dem „non si quid ex aliis causis filius lucratus est“ der l. 36 pr. C. cit. einen Hinweis darauf, daß der Pflichttheil nicht mittelſt des Erwerbs durch Fruchtgenuß, im Gegenſatz zur „substantia patris“ gewährt werden dürfe. Ich halte es für ſehr fraglich, ob man dieſen zweiten Gedanken in der Stelle finden darf. Vergl. unten § 44 unter II, Text hinter Anm. 10.

widriger iſt, und dies muß uns abhalten, ihn über das Gebiet hinaus auszudehnen, auf das die Worte des Geſetzes hinweiſen.

Die ſoeben dargelegte Auffaſſung wird beſtätigt durch eine Vergleichung des patronatiſchen Pflichttheilsrechts. Ich gehe auf dieſes um ſo mehr ein, als auf die bei demſelben ausgebildeten Grundſätze demnächſt bei der Erörterung des beſonderen Falles der Subſtitution (unter A.) Rückſicht genommen werden muß. Die bon. poss. contra tabulas wird dem Patron deferirt, ſobald auch nur Ein Teſtamentserbe die Erbſchaft angetreten hat[50]). Wie nun, wenn der Patron einem auf die Hälfte des Vermögens eingeſetzten Erben ſubſtituirt iſt, der Eingeſetzte aber deliberirt, während ein neben ihm gerufener Erbe bereits erworben hat? Hier gewährt Julian, dem Papinian ſtillſchweigend beipflichtet, dem Patron ſofort die contra tabulas bon. possessio: wird dann aber nachträglich die Subſtitutionsportion dem Patron in Folge des Nichterwerbs des an erſter Stelle zu derſelben gerufenen Erben deferirt, ſo erhält derſelbe ſeinen Pflichttheil noch immer auf Grund des Teſtaments, die ertheilte bon. poss. contra tabulas wird jetzt als secundum tabulas behandelt[51]). Die Entſcheidung führt für unſern nächſten Zweck, die Auslegung der l. 36 pr. C. cit., zu folgendem Ergebniß. Die ſubſtitutionsweiſe Einſetzung wird von den genannten Juriſten als geeignetes Mittel betrachtet, dem Patron den Pflichttheil zuzuwenden, und das wird in l. 43 cit. als ſo ſelbſtverſtändlich behandelt, daß eine Begründung überall nicht unternommen wird. Glaublich iſt es nun zwar, daß man den nämlichen Grundſatz da zur Anwendung brachte, wo der Pflichttheil nachträglich dem Patron als Subſtituten eines Vermächtnißnehmers angeboten, oder wo eine ihm ſelbſt gemachte Vermächtnißzuwendung durch Anwachſung des in erſter

[50]) l. 3 § 5 D. de bon. libert. 38. 2.

[51]) So die hier mitzutheilende wichtige l. 43 D. eod. Julianus putat patronum, qui Titio pro parte dimidia heredi instituto substitutus eo deliberante bonorum possessionem contra tabulas accepit, si postea Titius non adierit hereditatem, nihil ei, qui adit hereditatem, abstulisse, non magis quam si sub condicione fuisset institutus. igitur Titio deliberante res in incerto erit, utrum semis ex substitutione in possessionem [ex possessione in substitutionem? *Ad. Schmidt*, v. et ed. *Momms.*] convertatur an Titio adeunte singulis heredibus partes debitae auferantur. Die vorſtehend angedeutete Aenderung des Textes iſt nicht abzulehnen. Vergl. Schmidt, Pflichtth.-R. S. 76 Anm. 127. Wegen anderer bedingter Einſetzung des Patrons vergl. einſtweilen l. 3 § 11. 12 D. eod.

Linie einem Collegatar zugedachten Theils ergänzt wurde; indeſſen fehlt es meines Wiſſens an einer Entſcheidung dieſer Frage[52]).

Mit Hinblick auf dieſe beim Pflichttheilsrecht des Patrons geltenden Grundſätze darf behauptet werden, daß auch vom Standpunkt der uns überlieferten Auffaſſung der römiſchen Jurisprudenz Juſtinian's Anordnung in l. 36 pr. C. cit. eine regelwidrige iſt. Indeſſen gewährt die l. 43 cit. unſrer Anſicht nicht allein inſofern eine Stütze, als wir oben um der behaupteten Singularität willen der Ausdehnung jener Anordnung über das aus den Worten des Geſetzes ſich ergebende Gebiet hinaus widerſprachen; vielmehr bietet uns die Stelle bei Berückſichtigung des Zuſammenhangs unter den einzelnen Theilen von Juſtinian's Geſetzgebung noch einen weiteren Beweisgrund. Innerhalb der Letzteren bildet die l. 43 cit. ein poſitives Zeugniß dafür, daß die Erbeseinſetzung des Notherben durch Subſtitution Zuwendung des Pflichttheils ſein kann; auch iſt aus ihr der gleiche Satz bezüglich des anwachſenden Erbtheils zu folgern. Dagegen fehlt es, wie bemerkt wurde, an einer ausdrücklichen Beſtimmung des patronatiſchen Pflichttheilsrechts, welche das Gleiche für die Subſtitution und Anwachſung beim Vermächtniß ausſpräche. Sonach iſt eine Vereinigung der l. 43 D. cit. und der l. 36 pr. C. cit. zu gewinnen, indem man für den durch Subſtitution oder Anwachſung zufallenden Erbtheil in der erſten, für das auf gleichem Wege erworbene Vermächtniß in der zweiten Stelle die maßgebende Rechtsregel anerkannt findet.

Nach dem Bisherigen betrachte ich den allgemeinen Satz als ausgemacht, daß die Erbesernennung durch Subſtitution wie die Anwachſung eines Erbtheils zur Gewährung des Pflichttheils wohl geeignet ſind. Es bedarf jetzt noch einer näheren Beſtimmung des Satzes, ſoweit er ſich auf die Subſtitution bezieht, und zwar nach der Seite hin, wo Letztere als Zuwendung des Pflichttheils, demnach als Mittel zur Abwendung der Querel erſcheint. Hiervon unter A.; über die Anwachſung ſind dann unter B. einige Worte anzuſchließen.

A. Die Querel iſt, wie wir wiederholen, zwar bedingt dadurch, daß dem Notherben der Pflichttheil — nach dem Recht der l. 30

[52]) In l. 20 § 2. 3 D. de bon. libert. 38. 2 wird zwar von einem dem Patron und einem Dritten conjunctim ausgeſetzten Erbtheil oder Vermächtniß gehandelt, aber auf die Frage der Anwachſung wird nicht eingegangen.

C. h. t. eine Zuwendung auf den Pflichttheil — nicht gewährt iſt, gefordert aber wird mit der Klage der volle geſetzliche Erbtheil. (Vergl. oben S. 303 f.) Nun entſteht die Querel mit der Antretung der Erbſchaft durch den eingeſetzten Erben [53]), nicht allein weil bis dahin die Möglichkeit gegeben iſt, daß das Teſtament nicht Grundlage der Erbfolge wird, ſondern hauptſächlich darum, weil erſt mit dem Erbſchaftserwerb die Kränkung des Notherben durch Ausſchließung von der Erbſchaft vollendet wird. Demnach erkennt man leicht, daß die ſubſtitutionsweiſe Einſetzung des Notherben unter beſtimmten Vorausſetzungen genügende *Zuwendung* des Pflichttheils, damit zur Abwendung der Querel geeignet iſt. Tritt nämlich die Bedingung einer ſolchen Erbeseinſetzung *vor dem Erwerb* der Erbſchaft durch die neben dem institutus gerufenen Teſtamentserben ein, ſo genügt *jede* Subſtitution, auch wo der zugedachte Erbtheil nicht den Pflichttheil deckt, es bleibt dann dem Notherben nur die Ergänzungsklage. Schwebt dagegen die Bedingung der Subſtitution noch beim Erwerb jener Teſtamentserben, ſo iſt weiter zu unterſcheiden. Eine Subſtitution, *welche weniger gewährt, als den vollen geſetzlichen Erbtheil*, iſt nunmehr dem Notherbenrecht gegenüber ohne Wirkung. Denn das einmal in's Leben getretene, auf dieſen Erbtheil geſtellte Querelrecht kann nicht wieder dadurch aufgehoben werden, daß ein *geringerer* Erbtheil angeboten wird, als der mit der Klage in Anſpruch zu nehmende. Deckt dagegen die Subſtitutionsportion den vollen geſetzlichen Erbtheil, ſo findet auch durch deren *ſpätere* Delation die Querel noch immer ihre Erledigung, ſo lange nicht rechtskräftig erkannt iſt. Denn dann gewährt die Subſtitution dem Notherben die volle Erfüllung des mit der Querel zu verfolgenden Anſpruchs [54]). Nach erkannter Reſciſſion kann dem Notherben, wenn dieſelbe nur eine theilweiſe iſt, zwar noch immer aus der Subſtitution deferirt werden, aber er kann nicht wirkſam aus dem Teſtament

[53]) Ulp. l. 8 § 10 D. h. t.: — quoniam ante aditam hereditatem nec nascitur querella —. Dazu l. 36 § 2 C. eod.

[54]) Anders Arndts II S. 614 f. unter Num. 13. Er nimmt an, wenn nicht der Eingeſetzte ſchon zur Todeszeit des Erblaſſers weggefallen ſei, ſo komme die Vulgarſubſtitution als Zuwendung des Pflichttheils nicht in Betracht; darum ſei dem nur als Subſtitut Eingeſetzten, ſonſt aber nicht Bedachten kein Theil des Pflichttheils hinterlaſſen. Arndts gründet dieſe Anſicht auf die oben beſprochene l. 36 pr. C. cit.; von dieſer aber mußten wir behaupten, daß ſie ſich auf *Erbſchaftserwerb* aus Subſtitution nicht beziehe.

erwerben. Davon im § 41 unter I. A.; die übrigen entwickelten Sätze ſind jetzt noch gegen einige Zweifel zu ſichern.

Vor Allem ſtehen dieſelben völlig im Einklang mit der oben (S. 317) beſprochenen l. 43 D. de bon. libert. 38. 2. Im Fall der Stelle war die Subſtitution des Patrons auf die Hälfte der Erbſchaft geſtellt: dieſe Hälfte bildet nach Pandektenrecht gleichmäßig den dem Patron zur Abwendung der bon. poss. contra tabulas zu hinterlaſſenden Pflichttheil und den mittelſt jener *bon. possessio* zu erlangenden Erbtheil. Fehlt es demnach beim patronatiſchen Pflichttheilsrecht gänzlich an der bei der Querel der Verwandten wahrnehmbaren Steigerung des Pflichttheils zu einem anders bemeſſenen Erbtheil, ſo verſteht es ſich von ſelbſt, daß auch nach erbetener *bon. poss. contra tabulas* der Anſpruch des Patrons, wie das l. 43 cit. beſagt, voll befriedigt wird, ſobald dieſem auf Grund der Subſtitution der Pflichttheil deferirt wird. Das patronatiſche Pflichttheilsrecht dient in dieſem Punkte nicht der Querel, ſondern der unten zu beſprechenden Ergänzungsklage zum Vorbild.

Erheblichere Zweifel entſtehen nach einer andern Seite hin. Vom Standpunkt des Rechts der Querel kann gefragt werden, ob nicht der Zeitpunkt, mit welchem der Anſpruch des Notherben unabänderlich den vollen geſetzlichen Erbtheil zum Inhalt nimmt, ſchon auf den Augenblick des Todes des Erblaſſers anzuſetzen iſt. Dafür ſcheinen folgende Umſtände zu ſprechen. Zunächſt iſt oben gezeigt (§ 36 III), daß für die Beſtimmung der Perſon, welcher beim einzelnen Erbfall nächſte Pflichttheilsberechtigung zukommt, jene Todeszeit maßgebend iſt. Weiter berechnet ſich nach derſelben Zeit, alſo nach dem Umfang des Vermögens beim Ableben des Erblaſſers, die Größe des Pflichttheils[55]). Endlich kann nicht bezweifelt werden, daß der Notherbe ſchon von eben jenem Zeitpunkt an und vor allem Erwerb des Teſtamentserben die Querel präpariren, insbeſondere auch die bon. poss. litis ordinandae gratia nachſuchen kann[56]). Dieſer letzte Satz wird an ſpäterer Stelle (§ 56 unter II)

---

[55]) l. 6 C. h. t., womit zu vergleichen l. 30 § 2 C. eod. l. 20 C. de collat. 6. 20. (Vergl. § 38 S. 295.)

[56]) Vergl. l. 34 C. h. t. verb. — nulla hereditatis petitione ex nomine de inofficioso constituta vel praeparata —. l. 36 § 2 in f. C. eod. — In medio tamen, id est a morte quidem testatoris, ante aditam autem hereditatem, etsi decesserit filius, hujusmodi querellam, licet non se praeparaverit, ad suam

noch ausgeführt werden. Deuten nun nicht alle dieſe Momente darauf hin, daß auch die Aufnahme des vollen geſetzlichen Erbtheils in den Pflichttheilsanſpruch auf die Todeszeit zu verlegen iſt? Bei näherer Erwägung ſchwindet das Gewicht jener Rechtsſätze. Der erſte und zweite erklären ſich daraus, daß das Notherbenrecht an den Erblaſſer das Anſinnen ſtellt, dem Pflichttheilsberechtigten einen beſtimmten Theil ſeines Vermögens zu hinterlaſſen: eben darum konnte keine ſpätere Zeit als die ſeines Todes für die Feſtſtellung der Perſon des Berechtigten wie der Größe des Pflichttheils entſcheidend ſein. Insbeſondere war zu erwägen, was den Umfang des Pflichttheils betrifft, daß dieſer nicht blos durch Erbeseinſetzung, ſondern ebenſo durch Vermächtniß, Schenkung auf den Todesfall u. ſ. f. zugewendet werden kann: zu dieſen Formen paßt der ungewiſſe und ſchwankende Zeitpunkt des Erbſchaftserwerbs nicht. Daß endlich die Präparation der Querel vom Tode des Erblaſſers an geſtattet wird, erklärt ſich aus dem Bedürfniß der Sicherung des Pflichttheilsanſpruchs für den Erben des Berechtigten: grade damit wird ſie in l. 34. l. 36 § 2 C. h. t. (Anm. 56) in Verbindung gebracht.

Laſſen ſich hiernach die angegebenen Sätze durchweg auf beſtimmte ihnen eigenthümliche Gründe zurückführen, ſo dürfen wir ihnen auch alle Bedeutung abſprechen gegenüber der ſchon oben betonten, für unſre gegenwärtige Unterſuchung beſonders wichtigen Thatſache, daß die Querel erſt mit erfolgtem Erbſchaftserwerb begründet iſt. Es iſt nicht wohl denkbar, daß nicht noch immer der (bloße) Pflichttheil wirkſam ſollte gewährt werden können, ſo lange ein Klagrecht auf den geſetzlichen Erbtheil noch nicht vollſtändig zur Entſtehung gelangt iſt.

Ohne Bedeutung ſcheinen mir auch in dieſem Falle die Grundſätze über die patronatiſche Pflichttheilsberechtigung nicht zu ſein, wenngleich bei dieſer der angegebene Wechſel im Gegenſtande nicht vorkommt. Auch hier beſtimmt ſich, wie ſchon im § 36 unter III (bei Anm. 29) hervorgehoben wurde, die Perſon des im einzelnen Fall Berechtigten nach dem Moment des Todes des Erblaſſers. Ebenſo wird die Größe des Pflichttheils nach dieſem Zeitpunkt bemeſſen[57]).

---

posteritatem transmittet, *ad extraneos vero heredes tunc tantummodo, quando antiquis libris insertam faciat praeparationem.*

[57]) Ulp. l. 3 § 20 D. de bon. libert. 38. 2: Debitam autem partem eorum,

Nur an einem Rechtsſatz fehlt es, wonach der Patron ſeinen Erben vor der Antretung der Teſtamentserben die bon. poss. contra tabulas hätte ſichern können: das Bedürfniß einer ſolchen Beſtimmung machte ſich hier wohl nicht fühlbar, da der Patron in der assignatio liberti das Mittel beſaß, wenigſtens innerhalb der Grenzen ſeiner rechtmäßigen Deſcendenz über die Erbberechtigung am Nachlaß des Freigelaſſenen Verfügung zu treffen[58]). Ungeachtet jener beiden erſten, mit dem gemeinen Pflichttheilsrecht übereinſtimmenden Sätze nun wird die bon. poss. contra tabulas nicht deferirt, ſo lange die Erbſchaft nicht angetreten iſt[59]), und es wird ausdrücklich bezeugt, daß die bedingte Einſetzung des Patrons auf den Pflichttheil es gar nicht zur Delation der contra tabulas kommen laſſe, ſofern nur die Bedingung vor dem Erwerb der (übrigen) eingeſetzten Erben eingetreten ſei, geſchähe dies auch erſt nach dem Tode des Erblaſſers[60]). Das gilt alſo insbeſondere von der Bedenkung durch Subſtitution. Dieſe Beſtimmungen unterſtützen die obigen Ausführungen über das Recht der querella inofficiosi mindeſtens inſoweit, als ſie unſre Behauptung beſtätigen, daß man auf die einzelnen den Zeitpunkt des Todes des Erblaſſers betonenden Rechtsſätze kein Gewicht legen darf.

Im Zuſammenhang mit der jetzt abgeſchloſſenen Unterſuchung über die Gewährung des Pflichttheils durch Subſtitution ſteht die Frage nach den Schickſalen derjenigen Subſtitutionsportion, deren Delation an den Notherben nach dem zuletzt Erörterten die Durchführung der Querel nicht zu hindern vermag. Indeſſen bleibt dieſer Punkt beſſer bis auf den § 41 ausgeſetzt, da es wünſchenswerth iſt, ohne Unterbrechung durch die Prüfung ſolcher Nebenfragen den im gegenwärtigen § 39 betrachteten Formen zuläſſiger Zuwen-

---

quae cum moritur libertus habuit, patrono damus: mortis enim tempus spectamus. — l. 26. l. 35. l. 44 § 2 D. eod.

[58]) Vergl. l. 1 pr. § 3. 4. l. 3 § 1. 2. 4. l. 7 D. de assign. libert. 38. 4. Dazu Kuntze, Curſus § 804.

[59]) l. 3 § 5. 12 D. de bon. libert. 38. 2.

[60]) Ulp. l. 3 § 11. 12 D. eod. Si patronus sub condicione sit institutus (sc. ex debita portione) eaque condicio vivo testatore extitit, contra tabulas bonorum possessionem accipere non potest. (§ 12) Quid ergo, si mortis tempore pependit, extitit tamen, antequam patrono deferatur bonorum possessio, hoc est ante aditam hereditatem, *an invitetur ex hac parte edicti?* et magis est, ut aditae hereditatis tempus spectetur: hoc enim jure utimur. Näheres bei Schmidt a. a. O. S. 75.

dung des Pflichttheils zwei weitere Rechtsformen (im § 40) gegenüberzuſtellen, denen dieſe Bedeutung — wenn auch im Widerſpruch mit einzelnen Rechtslehrern — abzuſprechen iſt. Es ſind dies die Pupillarſubſtitution und die Leiſtung zur Erfüllung einer letztwillig vorgeſchriebenen Bedingung.

Dagegen iſt hier eine andere Erſcheinung, die ſich gleichfalls mit der Subſtitution berührt, mit einigen Worten zu erledigen. Die Subſtitution macht, wie leicht begreiflich, eine Ausnahme von der ſpäter (im § 44) zu erörternden Vorſchrift Juſtinian's, wonach die einer Zuwendung des Pflichttheils beigefügte Bedingung geſtrichen werden ſoll, ſie iſt aber nicht die einzige Ausnahme. Eine zweite unmöglich wegzuleugnende iſt die, wenn der Erblaſſer dem Notherben Behufs der Gewährung des Pflichttheils — durch Rechtsgeſchäft unter Lebenden oder auf Todesfall — eine ihm ſelbſt zuſtehende bedingte Forderung an einen Dritten überweiſt. Dem Schuldner kann hier ſelbſtverſtändlich die Beſeitigung der aufſchiebenden Bedingung ſeiner Verbindlichkeit nicht zugemuthet werden. Ich möchte aber ſelbſt den Fall hieher zählen, wo der Erblaſſer, ohne die Anrechnung auf den Pflichttheil vorzuſchreiben, eine bedingte Verbindlichkeit durch ein Rechtsgeſchäft unter Lebenden auf ſich nimmt, welches nach Rechtsſatz eine Zuwendung auf den Pflichttheil des Notherben begründet, z. B. durch ein an den Ehemann der Tochter abgegebenes bedingtes Dotalverſprechen. Hier iſt in gültiger Weiſe zunächſt eine blos bedingte Verbindlichkeit begründet, und man würde, wie mir ſcheint, ohne ausreichenden Grund über den Inhalt der nur von letztwilligen Verfügungen redenden l. 32 C. h. t. 3. 28 hinausgehen, wenn man die Bedingung, ſei es mit dem Tode des Erblaſſers, ſei es mit dem Erbſchaftserwerb der Teſtamentserben, als weggefallen behandeln wollte.

In allen ſolchen Fällen bedingter Forderungen nun erhebt ſich abermals die Frage, ob damit gültige Zuwendungen auf den Pflichttheil gegeben ſind. Die Antwort iſt die gleiche, wie bei der Vulgarſubſtitution: zu fragen iſt auch hier zunächſt, ob die Bedingung zur Zeit der Antretung der Teſtamentserben noch ſchwebt, — an zweiter Stelle, ob die Forderung der Höhe des geſetzlichen Erbtheils entſpricht oder nicht.

B. Die Anwachſung kommt nach dem, was wir oben aus l. 36 pr. C. h. t. abzuleiten hatten, für die Gewährung des Pflicht-

theils nur in Betracht, sofern es sich um einen accrescirenden Erbtheil handelt. Aus ihrem Wesen folgt, daß sie als alleinige Zuwendung auf den Pflichttheil nicht begegnen kann, da sie eine zweite, mindestens begrifflich voraufgehende Zuwendung — hier eine Erbeseinsetzung — voraussetzt. Sehr wohl aber kann sie in Verbindung mit diesem ursprünglichen Erbtheil sich lediglich als Zuwendung auf den Pflichttheil darstellen. Sie hat nur diese Bedeutung, wenn der zweite Erbtheil vor entstandener Ergänzungsklage anwächst. Dies wird sich aus dem ergeben, was jetzt (unter III) über den Begriff der Einrechnung zu bemerken ist.

III. Kehren wir jetzt zu dem im Eingang dieses Paragraphen besprochenen Gegensatze einer Zuwendung auf den Pflichttheil und einer Einrechnung in diesen zurück. Auf die Einrechnung ist unter I und II bei der Darstellung der einzelnen möglichen Formen einer Gewährung des Pflichttheils keine Rücksicht genommen, während wir diese fortwährend vom Standpunkt der Frage beleuchtet haben, ob in ihnen geeignete Mittel für eine Zuwendung des Pflichttheils gegeben sind. Ein solches Verfahren darf deshalb als berechtigt bezeichnet werden, weil die Zahl der Erwerbungen, welche nicht mehr bei der Querel, sondern nur noch bei der Ergänzungsklage in Betracht kommen können, sonach im Sinne der von uns aufgestellten Unterscheidung nur als Einrechnungsposten zu behandeln sind, eine sehr kleine ist. Dies lehrt eine Erwägung des Zeitpunkts, von welchem ab lediglich von einer Einrechnung in den Pflichttheil zu reden ist. Dieser Zeitpunkt ist der des Erwerbs der Erbschaft durch den Testamentserben, und selbst von da ab ist ein noch jetzt dem Notherben aus der Erbschaft zufließender Vortheil nur unter der Voraussetzung ausschließlich für die Ergänzungsklage (nicht auch für die Querel) erheblich, wenn er nicht dazu führt, daß dem Notherben sein voller gesetzlicher Erbtheil zukommt.

Als Zuwendungen sind daher ohne Bedenken, auch beim Vorliegen einer voraufgehenden Zuwendung, nicht allein alle diejenigen auf den Pflichttheil anzurechnenden Vortheile zu bestimmen, welche dem Notherben schon im Augenblick des Todes des Erblassers in der Eigenschaft rechtlich vollendeter Erwerbungen zukommen, sondern auch alle Erwerbe aus dem Zeitraum zwischen jener Todeszeit und dem Erbschaftserwerb der Testamentserben. In die erste Classe fallen selbstverständlich die Vortheile, welche dem

Notherben durch Rechtsgeschäft unter Lebenden aus der Hand des Erblassers zufließen (die ihm zugewendete Dos, die unter Lebenden gemachte Schenkung mit bedungener Anrechnung), eben so aber auch der dem suus heres ohne Weiteres mit dem Tode des Erblassers zufallende Erbtheil aus dem Testament. Zu den Fällen der zweiten Classe sind zu rechnen: der ursprünglich bedingte Erwerb aus einem Rechtsgeschäft unter Lebenden, sofern die Bedingung sich vor der Antretung des Testamentserben erfüllt, — der dem Notherben ausgesetzte Erbtheil, den dieser vor dem Erbschaftsantritt der Miterben oder gleichzeitig mit diesen durch Antretung erwirbt. Nur Fälle dieser zweiten Classe können beim Vorhandensein einer früheren, ersten Zuwendung den Zweifel anregen, ob Zuwendungen auf den Pflichttheil oder in diesen einzurechnende Vortheile vorliegen. Dafür aber, daß man den Begriff der Zuwendung zur Anwendung bringe, sprechen gleichmäßig die Thatsachen,

a. daß alle diese Erwerbungen, wären sie auch die ersten, dem Notherben aus dem Vermögen des Erblassers zukommenden Vortheile, zur Abwendung der Querel geeignet sein würden, selbst wo sie nicht mehr als den Pflichttheil oder noch weniger gewähren,

b. daß die Ergänzungsklage vermöge ihrer Natur als Obligation des Testamentserben auf keinen Fall vor dessen Erbschaftsantritt entsteht. Kann also ein vor letzterem Zeitpunkt dem Testamentserben zugehender Erwerb im Augenblick seiner Entstehung nicht als (gänzliche oder theilweise) Erfüllung dieser Obligation gelten, so sind wir berechtigt, ihn als Zuwendung auf den Pflichttheil — wenn auch je nach den Umständen als zweite oder weitere Zuwendung — zu bestimmen.

Hieraus ergibt sich, daß die Zahl der Erwerbe, welche lediglich für die Ergänzungsklage, als Einrechnungsposten, in Betracht kommen, eine sehr kleine ist. Als solche sind unter der Voraussetzung einer schon vorhandenen ungenügenden Zuwendung zu betrachten: der Erbtheil, der erst nach erfolgtem Erwerb der Testamentserben auf Grund einer Substitution deferirt wird oder erst jetzt anwächst, — ferner die dem Notherben vom Erblasser durch letzten Willen hinterlassene bedingte Forderung an einen Dritten, sowie die vom Erblasser durch Rechtsgeschäft unter Lebenden übernommene bedingte Verbindlichkeit, welche rechtlich eine Leistung auf den Pflichttheil begründet, Beides in dem Falle, wo die Bedingung erst nach dem erwähnten

Erbschaftserwerb eintritt. Nicht wiederholt zu werden braucht, daß diese Erwerbungen hier nur insoweit in Frage kommen, als sie den gesetzlichen Erbtheil des Notherben nicht vollständig erfüllen.

Auch bei den Vortheilen dieser Art entsteht die Frage, bis zu welcher Zeit sie dem Notherben wirksam angeboten werden. Die Antwort wird dahin gehen müssen. Gewähren sie dem Notherben den ganzen mit der Ergänzungsklage (nach Abrechnung der ursprünglichen Zuwendung) nachzufordernden Betrag, so werden sie ohne Zweifel noch immer gültig angetragen, so lange nicht der Notherbe auf jene Klage Befriedigung erlangt hat[61]). Zweifeln dagegen läßt sich, ob der Notherbe nach einmal entstandener Ergänzungsklage sich noch immer einen angetragenen Vortheil gefallen lassen muß, der dem Objekt der Klage, somit dem vollen am Pflichttheil fehlenden Betrage nicht gleichkommt. Allein zum größten Theil ist die Frage bedeutungslos, weil die meisten hierher gehörigen Erwerbungen sich ohne den Willen des Notherben vollziehen: so der Erwerb aus dem schon vom Erblasser ertheilten bedingten Dotal- oder Schenkungsversprechen, der Erwerb des jetzt anfallenden Erbtheils. Und auch wo diese Rücksicht nicht zutrifft, wie bei dem erst jetzt auf Grund einer Substitution anfallenden Erbtheil, neben welchem etwa eine früher erworbene Dos steht, wird sich die Bejahung im Geiste der l. 30 C. h. t. 3. 28 nicht ablehnen lassen. Denn wie sich der Notherbe nach dem Gesetz eine erste Theilleistung auf den Pflichttheil gefallen lassen muß, so wird er auch fernere Theilleistungen hinnehmen müssen.

Zu bestimmen bleibt das Schicksal solcher (an sich zur Einrechnung geeigneter) Erwerbungen, die erst nach durchgeführter Ergänzungsklage und darauf erlangter Erfüllung angeboten werden. Ich verbinde diese Frage mit der verwandten, nach den obigen Bemerkungen unter II A. (S. 322 f.) für das Gebiet der Querel anzustellenden Untersuchung, verweise daher auf den § 41 unter I.

§ 40.

Fortsetzung. **(Erbtheil aus einer Pupillarsubstitution; andere nicht anzurechnende Erwerbungen.)**

Im Gegensatz zu den Zuwendungsformen des § 39 sind jetzt einzelne Erwerbungen des Notherben zu besprechen, von denen theils

---

[61]) Für diesen Satz kann man sich ohne Bedenken auf die l. 43 D. de bon. libert. 38. 2 berufen. (Vergl. die Stelle in Anm. 51.)

feststeht, theils behauptet werden muß, daß sie für den Pflichttheil bedeutungslos sind.

In diesem Sinne ist es ohne Frage zu beurtheilen, wenn der Notherbe einen vom Erblasser eingesetzten Erben beerbt. Auch die aus dem Nachlaß des ersten Erblassers herrührenden Vermögensstücke fallen hier dem Notherben lediglich als Theile der Hinterlassenschaft seines nächsten Erblassers zu. Zudem läßt sich sein Erwerb nicht auf eine Verfügung des Erblassers zurückführen.

Fälle, bei denen Zweifel und Streit bestehen, werden begründet durch die Pupillarsubstitution und das zur Erfüllung der Bedingung einer letztwilligen Verfügung Gegebene.

1. Daß der Erwerb auf Grund einer Pupillarsubstitution eine Zuwendung auf den dem Notherben gebührenden Pflichttheil aus dem väterlichen Nachlaß darzustellen vermöchte, glaube ich mit der herrschenden Meinung verneinen zu müssen. Auch hier fehlt das Merkmal einer Zuwendung aus dem Vermögen des Erblassers (ex substantia testatoris, l. 36 pr. C. h. t.[1]). Die zum Theil abweichende Ansicht von Windscheid wurde schon früher erwähnt[2]); sie zieht die Pupillarsubstitution unter die Bestimmung in l. 36 pr. C. h. t., welche die Einrechnung in den Pflichttheil ausschließt, „si quid *ex aliis causis* filius lucratus est, vel ex substitutione vel ex jure adcrescendi, puta ususfructus“: dabei wird jedoch insoweit eine Ausnahme behauptet, als der Notherbe durch die Pupillarsubstitution etwas aus dem Vermögen des Erblassers erhält. Nur diese Einschränkung interessirt hier: ich suche zu zeigen, daß ihr nicht Recht zu geben ist.

Grundgedanke bleibt bei der Pupillarsubstitution, daß sie letztwillige Verfügung über den Nachlaß des Kindes ist, auch wo dieses den testirenden Gewalthaber beerbt. Zwar gibt eine Reihe von Sätzen über die Substitution der Anschauung Ausdruck, daß der Gewalthaber im Pupillartestament sich selbst einen zweiten Erben ernennt. Aber theoretisch sind diese Sätze Ausnahmen, und darum muß bei den nicht in den Quellen entschiedenen Fragen die Antwort aus der obigen,

[1]) So Francke S. 323. Mühlenbruch S. 300. Arndts S. 610 unter 10. Uebereinstimmend auch Brinz II § 202 S. 848, der speziell die Pupillarsubstitution in l. 36 pr. C. h. t. von der Anrechnung ausgenommen findet. Vergl. oben § 39 bei Anm. 47 (S. 315).

[2]) Windscheid III § 581 in Anm. 7 und 8. Vergl. oben § 39 bei Anm. 48 (S. 315).

den Begriff des Inſtituts beherrſchenden Regel abgeleitet werden. Das gilt auch von unſrer Frage nach der Beurtheilung des dem Subſtituten vermöge der Beerbung des Pupillen zufließenden Erwerbs: er erhält damit zu keinem Theil einen Vortheil aus dem Vermögen des teſtirenden Vaters, folgeweiſe keine Zuwendung auf den Pflichttheil, den ihm der Vater zu gewähren hatte. — Zur Unterſtützung unſrer Annahme dient, daß gerade das römiſche Pflichttheilsrecht in zwei Anwendungen jenen Grundgedanken im Begriff der Pupillarſubſtitution entſchieden feſthält. Zunächſt bei der Beurtheilung der Zuläſſigkeit einer Querel gegen das Pupillarteſtament. Die bekannte l. 8 § 5 D. h. t. 5. 2[3]) verſagt die Klage der Mutter — und in gleichem Sinne iſt der vom Bruder handelnde Schluß der Stelle zu verſtehen — lediglich aus dem formellen Grunde, weil der Vater das Teſtament errichtet hat: dem Bruder des Gewalthabers dagegen wird die Pflichttheilsberechtigung abgeſprochen, weil ſachlich ein Teſtament des Kindes vorliegt. Das muß nach der Stelle auch dann gelten, wenn das Kind vom Gewalthaber zum Erben eingeſetzt iſt. — Näher noch ſteht unſrer Frage eine andre Anwendung. Zwei Stellen erklären, daß der Pupill aus der Pupillarſubſtitution keinen Grund zu einer Querel gegen das väterliche Teſtament hernehmen ſoll[4]): dies wird insbeſondere für den Fall ausgeſprochen, wo dem Pupillen nur der Pflichttheil zugewendet iſt. Alſo wird die Subſtitution nicht als Beſchwerung des dem Kinde aus dem Vermögen des Gewalthabers zukommenden Pflichttheils behandelt[5]), und das offenbar deshalb, weil der Subſtitut das Vermögen nur als Erbe des Kindes erhält.

Wo in ſo beſtimmter Weiſe der bezeichnete Begriff der Pupillarſubſtitution durchgeführt iſt, da kann es nicht die Meinung des Rechts ſein, daß dem Subſtituten einzelne Theile der Kindeserbſchaft als Zuwendung auf den eignen Pflichttheil am Nachlaß des Gewalthabers dienen ſollen.

---

[3]) Mehr über die Stelle im § 69. Vergl. einſtweilen Francke S. 454 f. Bangerow II § 453 Anm. 3.

[4]) L. 8 § 7 D. h. t. (Dazu *A. Faber*, ration. ad h. l.). — l. 26 C. h. t. (Für das Verſtändniß dieſes Reſcripts iſt deſſen Stellung im Titel de inofficioso testamento entſcheidend. Vergl. auch Bas. 39. 1. 51 und schol. 1 ibid.)

[5]) Vom Standpunkt der Beſtimmungen Juſtinian's über die Beſeitigung aller Beſchränkungen und Beſchwerungen des (hinterlaſſenen) Pflichttheils — l. 32. l. 36 § 1 C. h. t. 3. 28 — war freilich die Frage nach der Querel gar nicht auf-

2. Iſt dem Notherben eine Leiſtung zur Erfüllung der Bedingung einer vom Erblaſſer zu Gunſten eines Dritten getroffenen letztwilligen Verfügung gemacht, ſo ſoll nach der herrſchenden Anſicht eine Zuwendung auf den Pflichttheil nicht vorliegen, man vermißt das Merkmal eines Erwerbs aus dem Vermögen des Erblaſſers (l. 36. pr. C. h. t.[6]). Im ſcharfen Gegenſatz hierzu macht eine zweite Auffaſſung für die Annahme einer ſolchen Zuwendung geltend, das Geleiſtete rühre doch mittelbar aus dem Vermögen des Erblaſſers her, es ſei eine Minderung des dem Bedachten aus dieſem Vermögen Zugewendeten, werde gleichſam im Austauſch gegen dieſe Zuwendung gegeben[7]). Eine dritte Meinung unterſcheidet: kam das zur Erfüllung der Bedingung Gegebene aus dem Erbvermögen, ſo findet Einrechnung in den Pflichttheil ſtatt, — andernfalls nicht[8]). Den Quellen des römiſchen Rechts entſpricht nach meiner Ueberzeugung nur die dritte Anſicht; vom Standpunkt des heutigen Rechts dagegen wird man der erſten Meinung, deren bisherige Begründung freilich nicht genügen dürfte, zu folgen haben. Ich ſuche beide Sätze jetzt darzulegen.

Wir beſitzen aus dem Pflichttheilsrecht eine zuverläſſige Aeußerung über unſre Frage: es iſt die auf die Berechtigung des Patrons bezügliche l. 3 § 19 D. de bon. libert. 38. 2:

Si patrono condicionis implendae causa quid datum sit, in portionem debitam imputari debet, si tamen de bonis sit liberti profectum.

Ulpian handelt hier, und das begründet grade die beſondere Beweistüchtigkeit ſeiner Aeußerung, lediglich von Leiſtungen, die der Berechtigte ſich genügen laſſen muß, weil ſie eine wirkliche Zuwendung oder Ergänzung des Pflichttheils enthalten. So hat er in l. 3 § 10 D. eod. bemerkt, die bon. poss. contra tabulas finde nicht ſtatt, wenn der Patron auf den Pflichttheil zum Erben ernannt ſei, und in dem gleichen Sinne beſpricht er bis auf unſern § 19 herab erſt die bedingte Erbeseinſetzung (§§ 11—14), ſodann die Zuwendung

zuwerfen, und darum hätte l. 8 § 7 D. h. t. nicht unverändert aufgenommen werden ſollen.

[6]) So Francke S. 233. Mühlenbruch 35 S. 294. Arndts S. 610 Anm. 223. Vangerow II § 476 Anm. 2.

[7]) So *Donellus*, comment. de jure civ. lib. 19 c. 4 num. 33, neuerdings Windſcheid III § 581 Anm. 7, verglichen mit § 677 bei Anm. 3.

[8]) So Unger § 81 Anm. 6. Schmidt, Pflichtth.-R. S. 73, womit zu vergleichen S. 56 Anm. 65.

oder Ergänzung durch Vermächtniß, Schenkung auf den Todesfall wie unter Lebenden (§§ 15—18). — Der Ausſpruch des § 19 erſcheint überdies innerlich begründet, er ſtellt Alles auf daſſelbe Kriterium, von welchem Juſtinian in l. 36 pr. C. h. t. die Einrechnung in den Pflichttheil abhängig macht, — die Herkunft des Erwerbs *aus dem Vermögen des Erblaſſers*. Es fragt ſich danach nur, ob aus den Quellen die Möglichkeit einer Leiſtung *aus der Erbſchaft* Seitens eines Dritten, der nur erſt bedingungsweiſe vom Erblaſſer mit einer Zuwendung bedacht iſt, nachgewieſen werden kann. *Ein* Beiſpiel einer ſolchen Verfügung über erbſchaftliche Vermögensſtücke wird uns in der That mit voller Deutlichkeit dargeboten: es iſt die Leiſtung des Statuliber zur Erfüllung der Bedingung der ihm letztwillig hinterlaſſenen Freiheit. Der Statuliber kann zu dieſem Zweck Theile ſeines (zur Erbſchaft gehörigen) Peculium verwenden[9]). Der Satz, daß die Gabe aus der Erbſchaft herrührt, wird in folgenden Anwendungen betont.

a. Der Erbe, welcher die Leiſtung aus dem Peculium des Statuliber erhält, muß ſich dieſelbe abweichend von der Regel über die Leiſtung zur Erfüllung einer Bedingung auf die Falcidiſche Quart anrechnen; iſt er mit einem Erbſchaftsvermächtniß belaſtet, ſo umfaßt dieſes auch das ſo Empfangene[10]).

b. *Im Allgemeinen* beſitzt der Teſtamentserbe, dem eine Leiſtung zur Erfüllung der Bedingung einer letztwilligen Verfügung gemacht wird, das Empfangene zwar kraft des Willens des Erblaſſers, aber nicht aus der Erbſchaft und darum *nicht* *pro herede*. Auch hier aber iſt es anders, wenn von einem Statuliber aus dem Peculium geleiſtet wird: der Erwerb iſt Theil der Erbſchaft, begrün-

---

[9]) l. 3 § 1. 2. l. 13 § 1. l. 17. l. 20 § 1. l. 31 § 1 D. de statulib. 40. 7. l. 3 § 9 D. de condict. c. d. 12. 4. l. 57. l. 110 D. de condic. et dem. 35. 1.

[10]) Papin. l. 41 D. de mort. c. donat. 39. 6. Quod statuliber uni ex heredibus de peculio dedit, ei qui accepit in Falcidiae rationem venit et in hereditatis petitione, item ex Trebelliano restituitur —. Vergl. l. 44. l. 76 pr. D. ad l. Falc. 35. 2. Letztere Stelle zeigt, daß die Sätze des Textes für den Theilerben nur nach Verhältniß ſeines Erbtheils gelten; ſie begründet die Entſcheidung ſo: — quia pro ea parte non mortis causa capere, sed *hereditario jure* eos (sc. nummos) habere intelligitur. Vergl. noch *Cujac.* in lib. 2 resp. Pap. ad l. 41 cit. (IV. 908 ff.)

bet daher die Erbſchaftsklage des gegen das Teſtament auftretenden geſetzlichen Erben [11]).

c. Leiſtet der Statuliber an die in der Bedingung ſeiner Freilaſſung bezeichnete Perſon aus den beim Tode des Erblaſſers vorhandenen Beſtänden des Peculium, ſo unterliegt dieſer Erwerb grade den Beſchränkungen der Erwerbsfähigkeit des Empfängers, welche für ſonſtige demſelben aus dem Nachlaß des Erblaſſers gemachte Zuwendungen gelten [12]).

Wir haben hiernach für den oben mitgetheilten Ausſpruch der l. 3 § 19 D. de bon. libert. 38. 2 über die Pflichttheilsberechtigung des Patrons jedenfalls das folgende Beiſpiel gewonnen. Die dem Patron auf Grund einer letztwilligen Verfügung des Freigelaſſenen condicionis implendae gratia gemachte Leiſtung galt als Zuwendung auf den Pflichttheil, wenn ſie ſich als Leiſtung eines Statuliber aus deſſen Peculium, zur Erfüllung der Bedingung ſeiner Freilaſſung, darſtellte. Dieſer Satz darf ohne Anſtand auf das Recht der Querel übertragen werden. Für uns fällt indeſſen das Hauptgewicht auf die Frage, ob wir in jenem Vorkommniß der Quellen ein bloßes Beiſpiel zu finden haben, ſo daß ſich noch weitere, nach dem gleichen Grundſatz zu behandelnde Fälle denken laſſen. Von der zu ertheilenden Antwort hängt es ab, ob wir dem Satze der l. 3 § 19 cit. praktiſche Geltung zuſchreiben dürfen. Die Antwort hat, wie ich meine, verneinend auszufallen.

---

[11]) l. 41 cit. Dazu Ulp. l. 13 § 6 D. de H. P. 5. 3: — plane si accepta certa quantitate restituere rogatus est (sc. heres hereditatem), non putat Papinianus ab herede petendam hereditatem, quoniam pro herede, quod condicionis implendae gratia accepit, non possidetur. sed Sabinus in statulibero contra: et id verius est, *quia pecunia hereditaria est.* Daß Papinian für den Ausnahmsfall die Anſicht des Sabinus theilte, zeigt l. 41 cit. (Anm. 10). — Vgl. auch zu l. 13 § 6 cit. Bas. 42. 1. 13 schol. 7 (Stephanus).

[12]) Ulp. l. 36 D. de mort. c. don. 39. 6: — certe quod a statulibero condicionis implendae causa datur, indubitate modo lege concesso (sc. ad capiendum) imputatur: sic tamen, *si mortis tempore in peculio id habuit.* ceterum si post mortem, vel etiam si alius pro eo dedit, *quia non fuit ex his bonis, quae mortis tempore testator habuit*, in eadem erunt causa, in qua sunt, quae a legatariis dantur. Die Bedeutung des in den Schlußworten wie in dem hier nicht abgedruckten Eingang der Stelle ausgeprägten Gegenſatzes iſt freilich ſehr zweifelhaft. Vergl. darüber *Cujac.* observ. VII. 24. (III. 181.) *Pothier*, pand. Justin. 39. 6. num. 26 Anm. n—q. Ueber das Verhältniß der l. 36 cit. zu l. 41 eod. Cujaz an der in Anm. 10 angegebenen Stelle (IV. 911 f.).

Soll eine dem Nachlaß rechtlich noch fern ſtehende Perſon zufolge einer Bedingung, an die der Erblaſſer eine ihr gemachte Zuwendung geknüpft hat, etwas *aus der Erbſchaft* auf einen Dritten übertragen, ſo iſt dabei entweder an den Fall zu denken, wo dieſelbe thatſächlich im Beſitz des betreffenden Stücks der Erbſchaft ſich befindet, — oder an den andern, wo ſie zwar rechtlich ein Vermögensſtück inne hat, zum Nachlaß aber eine Forderung auf deſſen Gewährung gehört. *Im erſten Fall* — Leiſtung Seitens des juriſtiſchen Beſitzers oder des Detentor einer Sache der Erbſchaft — kann der Geber dem Empfänger nicht mehr gewähren, als er ſelbſt hat, er bringt alſo in deſſen Perſon gleichfalls nur ein thatſächliches Verhältniß zur Sache hervor. Auf dieſes bleibt auch der Empfänger beſchränkt; denn ſo wenig die erklärtermaßen auf die fremde (erbſchaftliche) Sache geſtellte Tradition des nichtberechtigten Inhabers einen Erwerbstitel abgibt, ſo wenig wird ein ſolcher durch die (dem Inhaber) vom Erblaſſer geſtellte Bedingung begründet. Und ferner iſt die Herſtellung dieſer *Thatſache*, ſofern ſich wirklich an ſie ein Vermögenswerth knüpft, keine Leiſtung *aus der Erbſchaft*; das thatſächliche Verhältniß thut ja der Dritte hinzu, der die Leiſtung vornimmt. Eben dies gilt, wenn man die Vorausſetzung hinzudenkt, daß der Geber ein dingliches Recht (Pfandrecht, Dienſtbarkeit) oder ein Rententionsrecht an der zur Erbſchaft gehörigen Sache hat: das mit der Beſitzübergabe verbundene Aufgeben dieſer Berechtigung *iſt nicht eine Leiſtung aus der Erbſchaft*, wie wir ſie nach l. 3 § 19 cit. fordern müſſen. Demnach kann in dieſem erſten Fall die Leiſtung condicionis implendae gratia keine Zuwendung auf den Pflichttheil darſtellen.

In dem andern Falle, wo der von der Bedingung Angeredete die *rechtliche* Herrſchaft über die Sache hat, dem Erblaſſer nur eine Forderung auf deren Gewährung zuſteht (zufolge Schenkungs- oder Dotalverſprechens, zufolge Kaufs, bei dem wir uns ſelbſt den Preis gezahlt denken mögen), iſt zwar eine wirkliche Zuwendung auf den Pflichttheil vorhanden, aber dieſe *hat nicht ihren Grund im Geben zur Erfüllung der Bedingung*. Dies zeigt folgende Erwägung. Soll in einem ſolchen Falle der Leiſtende nicht lediglich eine Aufopferung aus eignem Vermögen machen, ſo muß bei der geſtellten Bedingung die Meinung ſein, daß die entſprechende Nachlaßforderung mit der Vornahme der Leiſtung erlöſchen ſoll. Das iſt in

Wahrheit ein ſtillſchweigendes, durch die Leiſtung bedingtes Vermächtniß der Schuldbefreiung, und weiter iſt zu ſagen: da Letztere vom Erblaſſer von der Entrichtung des geſchuldeten Gegenſtands an den Dritten abhängig gemacht wird, ſo hat der Erblaſſer dieſem Dritten den Vortheil aus Mitteln der Erbſchaft zuwenden wollen. Das vorliegende Verhältniß hat demnach genau den Inhalt, welchen die ſeit Pius mögliche Beſchwerung eines Erbſchaftsſchuldners mit einem Fideicommiß darſtellt[13]), nur daß in unſerm Falle die Zuwendung an den Dritten ſtillſchweigend von dem Willen des Schuldners abhängig gemacht iſt, — davon, daß dieſer die Bedingung zu erfüllen geneigt iſt. Mit andern Worten: der Grund der in der That vorliegenden Zuwendung auf den Pflichttheil iſt hier nicht das Setzen der Bedingung und deren Erfüllung, ſondern das Vermächtniß der Schuldbefreiung und die damit verbundene fideicommiſſariſche Beſchwerung des bisherigen Schuldners zu Gunſten des in der Bedingung bezeichneten Empfängers. Das ſoeben Geſagte trifft auch dann zu, wenn die alte Schuld oder die Zuwendung an den in der Bedingung genannten Notherben eine Quantität vertretbarer Sachen zum Gegenſtand hat: immer wird dem Schuldner der ſeiner Leiſtung entſprechende Vermögenswerth durch Vermächtniß der Schuldbefreiung zugewendet.

Es läßt ſich auch leicht erkennen, daß der Rechtsſatz über die vom Statuliber durch Hingabe von Stücken des Peculium erfüllte Bedingung der Freiheit ein ſingulärer iſt. Der Erblaſſer ſtellte die Bedingung der Freiheit lediglich auf die zu beſchaffende Leiſtung; der Gedanke, daß von ihm deren Beſchaffung aus Mitteln der Erbſchaft gewollt ſein könnte, tritt bei den Ausführungen der römiſchen Juriſten um ſo mehr zurück, als dieſe regelmäßig, wo ſie der Zuläſſigkeit der Erfüllung aus Mitteln des Peculium gedenken, die Zahlung einer Geldſumme im Auge haben[14]). Allein thatſächlich wurde doch das Peculium wie ein geſondertes Vermögen des Sclaven angeſehen[15]), eben darum entſtand die durch beſondere Billigkeits-

[13]) l. 77. l. 108 § 13 in f. D. de legat. I° (30). l. 37 § 3 D. de legat. III° (32).

[14]) So die ſämmtlichen Stellen der Anm. 9.

[15]) Darauf verweiſt, eben in Anwendung auf unſern Fall, Nerat. l. 17 D. de statulib. 40. 7: — sed dubitari non oportet, quin haec mens fuerit id constituentium, *ut quasi ex patrimonio suo dandi eo nomine servo potestas esset* —.

gründe getragene Regel, daß der Sclav die Mittel zur Erfüllung der Bedingung aus dem Peculium nehmen durfte, wenngleich Letzteres ihm nicht vermacht war, rechtlich also dem Erben zustand. Analoge Verhältnisse, in denen Jemand in erlaubter Weise über Theile eines fremden Vermögens zu eignen Zwecken verfügen dürfte, lassen sich in unserm Recht nicht aufweisen.

Unsre Untersuchung gelangt damit für das heutige Recht zu dem von Francke und andern Neueren vertheidigten Satze, daß das Vorschreiben einer Leistung im Wege der Bedingung einer letztwilligen Verfügung die Grundlage einer selbständigen Zuwendung auf den Pflichttheil nicht abgeben kann: es fehlt in solchem Falle das Merkmal der aus der Erbschaft gemachten Zuwendung. Zu besprechen ist jetzt noch die abweichende Ansicht von Donellus und Windscheid (Anm. 7). Nach Beiden hätte die erwähnte Leistung ohne Weiteres als mittelbar aus der Erbschaft erfolgt, darum ihre Anordnung als geeignete Hinterlassung des Pflichttheils zu gelten. Man wird anerkennen müssen, daß das Recht sich den Gedanken eines Austausches der durch die Bedingung angesonnenen Aufopferung gegen die dem bedingt Bedachten ausgesetzten Vortheile aneignen konnte; aber gewiß ist dies nicht geschehen[16]). Direct widerspricht einer solchen Anschauung die obige l. 3 § 19 D. de bon. libert. 38. 2 (verb. „si tamen de bonis sit liberti profectum"); ebenso stehen die vorhin unter a — c aus den Quellen nachgewiesenen Sätze entgegen, die es durchweg als eine in dem Vorgang beim Statuliber hervortretende Besonderheit behandeln, daß ein condicionis implendae gratia datum als aus der Erbschaft herrührend angesehen werde. Nicht minder deutlich spricht l. 30 § 7 D. ad l. Falc. 35. 2. Mäcian hat zunächst gesagt, das aus solchem Grunde Empfangene werde dem Erben nicht auf die Quart angerechnet; darauf bemerkt er:

— tamen id, *quod non figura condicionis accipere jussus est* ab eo, cui hereditatem restituere rogatus est, Celso et Juliano no-

---

[16]) Im letzten Grunde hängt die Auffassung von Windscheid, wie mir scheint, mit dem von ihm aufgestellten Satze zusammen (Pand. III § 677), daß der in Folge einer von andrer Seite erfüllten Bedingung gemachte Erwerb, abgesehen von dem (fehlenden) Vermächtnißzwang, dem Erwerb aus einem Vermächtniß gleichstehe. Vergl. auch Keller, Instit. S. 359—361. Diese Annahme geht nach meiner Ueberzeugung zu weit: indessen ist hier nicht der Ort, dies zu zeigen.

stro placuit computari (sc. in quartam), *quemadmodum si ea summa heres vendere eas res jussus esset*, (quia non condicionis implendae causa, sed quodammodo pro pretio inferre sunt jussi) —.

Der hier vorliegende Ausſpruch verliert nichts von ſeiner Schärfe, wenn man auch mit der Ausgabe von Th. Mommſen die vorſtehend in Parentheſe geſetzten Worte ſtreicht. Immer ſchließt Mäcian den Gedanken eines Austauſches der beiderſeitigen Zuwendungen aus, wenn dem Erbſchaftsvermächtnißnehmer die von ihm gegen die Herausgabe des Vermögens zu beſchaffende Leiſtung in Form einer Bedingung angeſonnen iſt.

Von den Aeußerungen der Quellen, auf die ſich die hier bekämpfte Anſicht beruft, iſt nur die von Windſcheid herangezogene l. 8 § 10 D. h. t. 5. 2 näher zu prüfen[17]). Im Allgemeinen redet die Stelle — inſoweit beſteht kein Streit — vom Verzicht auf die Querel durch Annahme der Leiſtung, die ein im Teſtament Bedachter condicionis implendae gratia vornimmt[18]). Ein ſolcher Verzicht iſt nach Ulpian zunächſt gegeben, wenn der Notherbe die Leiſtung des eingeſetzten Erben mit Kenntniß vom Sachverhalt annimmt. Bezüglich der Leiſtung aber, welche ein Vermächtnißnehmer anbietet, bemerkt der Juriſt:

ego eventum puto sequendum in hac re, ut, si forte antequam judicium moveatur oblatio ei fiat ejus quod relictum est, *quasi ex voluntate testatoris oblato eo satis ei factum videatur.*

Eben in dieſen Schlußworten ſieht Windſcheid ein Zeugniß dafür, daß die in Frage ſtehende Leiſtung eine Zuwendung auf den Pflichttheil darſtelle. Ich vermag das nicht anzuerkennen. Wenn auf die „oblatio“ des Bedachten Gewicht gelegt wird, ſo lag dieſer Ausdruck ſehr nahe: iſt die Bedingung auf ein Geben geſtellt, ſo hat der, welchem die Bedingung geſetzt iſt, die Erfüllung anzubie-

---

[17]) Wenn die von Donellus angerufene nov. 115 c. 3 den Eltern die Verpflichtung zur Erbeseinſetzung der Kinder nicht erlaſſen wiſſen will, „nec si per quamlibet donationem, vel legatum, vel fideicommissum, *vel alium quemcunque modum* eis dederint legibus debitam portionem“, ſo findet das „vel alium quemcunque modum“ ſeine Erklärung in der Schenkung auf den Todesfall und den ſonſtigen unbeſtrittenen Formen der Zuwendung des Pflichttheils.

[18]) Nach dieſer Seite hin wird die l. 8 § 10 cit. im § 54, Text bei Anm. 8—17, näher betrachtet werden.

ten[19]), da ein Anſpruch auf das zu Gebende nicht beſteht[20]). Unzweifelhaft iſt aber bei der oblatio der l. 8 § 10 cit. die Annahme des Angebotenen hinzuzudenken[21]): Ulpian hat kurz vorher den gleichen Fall mit den Worten bezeichnet: si legatarius ei vel statuliber *dedit*. — Weiter betont Windſcheid, daß nach Ulpian's Argumentation dem Notherben durch jene oblatio „satisfactum" ſei. Allein dabei iſt nicht zu überſehen, daß von einem „*ex voluntate testatoris* — satisfactum videri" die Rede iſt. Dieſe Wendung paßt vollkommen zum Verzicht auf die Querel. Hält man darauf feſt, daß die Leiſtung nicht blos als angeboten, ſondern zugleich als angenommen vorgeſtellt wird, ſo liegt eben in dieſer Annahme ex voluntate des Erblaſſers die Billigung des letzten Willens[22]). Von dem „satisfacere" aber braucht kaum geſagt zu werden, daß es ſich nach den Quellen nicht auf den Fall der vollen Befriedigung des Berechtigten beſchränkt, vielmehr allgemein eine Leiſtung bezeichnet, die Letzterer ſich genügen laſſen will, mag er immer dabei Schaden leiden[23]). Wenn endlich die Frage nach dem Einfluß, welcher der Annahme der Leiſtung des Vermächtnißnehmers zukommt, von Ulpian in die Worte gefaßt wird: „numquid semel natam inofficiosi querellam non peremat legatarii oblatio[24])?" ſo iſt in dieſer Be-

[19]) Daher das häufige Vorkommen des „offerre" bei der dem Statuliber vorgeſchriebenen Bedingung: l. 3 § 1. 13. 14. l. 4 § 3. l. 18. l. 34 § 1. l. 35 D. de statulib. 40. 7.

[20]) l. 8 D. si quis omissa 29. 4.

[21]) So auch Mühlenbruch **35** S. 452 und die bei ihm in Anm. 37 Genannten.

[22]) Vergl. die ähnliche Bezeichnung des Verzichts auf den Pflichttheil (ganz oder theilweiſe) bei Paul. l. 31 § 3 D. h. t.: — quid ergo si alias *voluntatem* testatoris probaverim? — Alex. l. 8 § 1 C. h. t.: — accusare ut inofficiosam *voluntatem* patris, *quam probavit*, non potest. Ulp. l. 6 § 4 D. de bon. libert. 38. 2: — si *secundum voluntatem* mortui liberti hereditatem adierint —. Aehnlich das „*voluntatem sequi*" bei Ulp. l. 46 D. ad leg. Falc. 35. 2. Marcell. l. 20 § 1 D. de donat. 39. 5. Justinian. l. 19 C. ad l. Falc. 6. 50.

[23]) Ulp. l. 9 § 3 D. de pign. act. 13. 7: — satisfactum autem accipimus, quemadmodum voluit creditor, licet non sit solutum —. et generaliter dicendum est, quotiens recedere voluit creditor a pignore, videri ei satisfactum, *si ut ipse voluit sibi cavit*, licet in hoc deceptus sit. Dazu l. 5 § 3 D. de V. O. 45. 1. Vergl. auch l. 5 § 23. l. 14 D. quib. mod. pign. 20. 6. l. 49 D. de solut. 46. 3.

[24]) Auch hier iſt bei der „oblatio" die Annahme des Angebotenen im Gedanken zu ergänzen.

ziehung für jetzt nur ein formeller Gesichtspunkt hervorzuheben. Die Fassung der Frage erklärt sich aus dem Gegensatz, in welchen dieser Erwerb zu der gleich darauf besprochenen Leistung des bedingt eingesetzten Erben gebracht wird. Von Letzterer wird bemerkt, einmal angenommen hebe sie die Querel unbedingt auf; der Grund ist: „quoniam ante aditam hereditatem nec nascitur querella" d. h. „weil der Notherbe durch sein Annehmen den Erwerb des bedingt Eingesetzten erst möglich macht, darum sich nicht über Kränkung beschweren kann[25]). Diese Rücksicht — das will die Fassung der oben abgedruckten Frage sagen — trifft beim Vermächtnißnehmer nicht zu. Denn Letzterer wird wegen der Abhängigkeit seines Erwerbs von der testamentarischen Erbfolge erst nach der Antretung der Testamentserben, damit nach entstandener Querel, die Bedingung erfüllen. Mit Rücksicht hierauf legt Ulpian der Leistung des Vermächtnißnehmers die Wirkung einer Beseitigung der Querel nicht so ausnahmslos bei, wie er es bei der Leistung des Erben thut. Daraus folgt aber nicht, daß er auf diesem Punkte einen andern Aufhebungsgrund des Anspruchs als den des Verzichts im Auge hätte. Vielmehr hoffe ich im § 54 bei der Besprechung des Verzichts auf die Querel zu zeigen, daß auch der Schlußsatz der l. 8 § 10 cit. auf diesem Boden steht.

Wir müssen hiernach auch gegenüber der l. 8 § 10 cit. an dem Ergebniß festhalten, zu welchem unsre obige Untersuchung über die Leistung zur Erfüllung einer Bedingung geführt hat.

§ 41.

2. Ausgesetzte Einzelfragen über die Zuwendung und Einrechnung. Gesammtergebniß.

I. In Fällen, wo wegen Mangels einer gültigen (wäre es auch unzulänglichen) Zuwendung auf den Pflichttheil die Querel begründet erscheint, kann nach bereits entstandener Klage, damit nach erfolgtem Antritt des Testamentserben, dem Notherben noch immer auf Grund einer Verfügung des Erblassers eine Zuwendung angetragen werden. Welches ist das Schicksal einer solchen Zuwendung, wo diese nicht geeignet ist, die Querel abzuwenden? In's Auge zu fassen ist zunächst der Fall, wo vor rechtskräftigem Erkenntniß auf die Querel ein Substitutionserbtheil deferirt wird, eine dem

[25]) Vergl. Francke S. 325 f. Mühlenbruch 35 S. 445 a. E.

Notherben durch Vermächtniß, Bestellung einer Dos u. s. w. zugewendete, bisher bedingte Forderung zu einer unbedingten wird, der Vermögenswerth des angebotenen Erwerbs aber dem Betrage des gesetzlichen Erbtheils nicht gleichkommt, so daß eben darum das Querelrecht fortbesteht. Weiter kommt die Möglichkeit in Betracht, daß ein solcher Erwerb erst in Aussicht gestellt wird, nachdem bereits ein obsiegliches Erkenntniß mit der Querel erstritten ist: für diese Zeit aber gehört selbst der Fall unsrer Untersuchung an, wo der Umfang des neuen Erwerbs jenem gesetzlichen Erbtheil entspricht. — Die obige Frage ist nun genauer die: kann der Notherbe sich noch jetzt die Zuwendung zu eigen machen, und kann er dies unbeschadet seines Querelrechts?

Eine ähnliche Frage ist für das Gebiet der Ergänzungsklage zu stellen. Wie ist zu verfahren in Ansehung der (sei es dem Gegenstand der Klage gleichkommenden, sei es geringeren) Erwerbungen, die dem Pflichttheilsberechtigten erst angeboten werden, nachdem dieser sich bereits Befriedigung mit der Klage verschafft hat?

Die Prüfung dieser Fragen wurde oben ausgesetzt (§ 39 II A. III a. E. S. 322 f. 326), sie ist jetzt nachzuholen [1]).

A. Gebiet der Querel. Wird dem Notherben nach der Zeit, wo die Querel vollständig entstanden ist, doch vor rechtskräftiger Entscheidung über den Anspruch, ein Erbtheil aus einer Substitution deferirt, so kann er diesen zwar erwerben, aber er darf es nicht thun, wenn er nicht jenen Anspruch verlieren will. Nach Pandektenrecht läge im Erwerb des wenngleich unzureichenden Erbtheils ein Verzicht auf die Querel [2]); nach l. 35 § 2 C. h. t. 3. 28 würde der Erwerb zwar die Ergänzungsklage nicht ausschließen, der Querel aber wäre er noch immer hinderlich. Wie aber, wenn ein irgendwelcher Erbtheil erst deferirt wird, nachdem auf die Querel

[1]) Aus der Litteratur ist mir nur Eine auf diese Fragen bezügliche Aeußerung bekannt. Arndts (II S. 615), der die Vulgarsubstitution nicht als Mittel der Hinterlassung des Pflichttheils gelten lassen will, wenn nicht der an erster Stelle Eingesetzte schon beim Tode des Erblassers weggefallen ist, bemerkt, es sei dem Notherben auch auf den Pflichttheil nicht anzurechnen, was er hinterher als Substitut erlange. Daß ich diese Antwort nicht für zureichend halte, ergibt sich aus den Ausführungen im Text.

[2]) l. 8 § 10. l. 10 § 1. l. 12. l. 31 § 2. 3 l. 32 § 1 D. h. t. l. 5 pr. D. de his quae ut indign. 34. 9.

rechtskräftig zu Gunsten[3]) des Notherben erkannt ist? Kann der Notherbe jetzt noch erwerben? Der Fall ist so zu denken, daß der Notherbe nur theilweise Rescission des Testaments, damit nur einen Bruchtheil des Vermögens erstritten hat, neben ihm aber ein Testamentserbe — weil nicht gegen ihn geklagt oder nicht zu seinen Ungunsten erkannt ist — einen andern Bruchtheil des Vermögens behauptet[4]).

Hier kann freilich dieser Testamentserbe, mag er vom Notherben mit Berufung auf die Substitution wegen des Substitutionserbtheils belangt werden, oder mag er diesen Erbtheil kraft der Anwachsung durch Klage in Anspruch nehmen und dabei der gedachten Berufung des Notherben begegnen, aus dem nicht gegen ihn selbst ergangenen, dem Notherben günstigen Erkenntniß auf theilweise Vernichtung des Testaments eine exceptio oder replica rei judicatae nicht ableiten. Aber auf keinen Fall darf es das Recht zulassen, daß der Notherbe ungeachtet der von ihm erwirkten theilweisen Rescission des Testaments *mit Erfolg als Testamentserbe sollte auftreten können*. Ein derartiger Erbanspruch wird bei den Römern durch Versagung der Klagen oder durch eine dem Testamentserben ertheilte exceptio (oder replica) doli seine Erledigung gefunden haben.

Zum Beweise vermag ich nur eine Aeußerung über einen verwandten Fall beizubringen, aber diese scheint mir die Ansicht der römischen Jurisprudenz klar genug auszuprägen. Hat der Pflichttheilsberechtigte eine Zuwendung aus dem Testament *angenommen*, so wird ihm die Anfechtung des Letzteren wegen Pflichttheilsverletzung — nach Pandektenrecht völlig, nach dem Recht des Codex mit Vorbehalt der Ergänzungsklage — versagt. Dies gilt auch von der bon. poss. contra tabulas des Patrons[5]). Während nun hier als

---

[3]) Der Fall der rechtskräftigen Abweisung der Querel interessirt nicht, theils weil nun dafür zu halten ist, daß ein Pflichttheilsanspruch nicht besteht, theils weil rücksichtlich der Zuwendungen aus dem Testament *Erbunwürdigkeit* eingetreten ist: l. 8 § 14. l. 22 § 2. 3 D. h. t. 5. 2. — Dem im Text behandelten Falle steht der andre gleich, wo der Substitutionserbtheil zwar vor dem rechtskräftigen Urtheil auf die Querel deferirt, sein Erwerb aber bis zum Urtheil ausgesetzt ist.

[4]) Hätte der Kläger alle Testamentserben, abgesehen von dem jetzt weggefallenen Institutus, besiegt, so müßte ihm der Substitutionstheil unter allen Umständen zukommen.

[5]) Vergl. wegen der *Querel* l. 8 § 10. l. 12 pr. § 1. l. 31 § 3 D. h. t.

Grund des Wegfalls der Pflichttheilsberechtigung in der Regel blos das Anerkennen des Testaments (das agnoscere, probare judicium testatoris) betont wird, äußert Gajus in l. 7 D. de bon. libert. 38. 2:

Nam absurdum videtur licere eidem *partim comprobare* judicium defuncti, *partim evertere.*

Das ist gewiß ein Protest gegen die Annahme, als könnte der Notherbe in dem vorausgesetzten Falle den deferirten Substitutionserbtheil noch wirksam in Anspruch nehmen.

Bei den oben berührten, dem Notherben vom Erblasser zugewendeten bedingten Forderungsrechten vollzieht sich der Rechtserwerb mit eingetretener Bedingung ohne Weiteres: hier ist nur zu fragen, ob der Anspruch oder der auf Grund desselben erlangte Forderungsgegenstand dem Notherben zu belassen, und ob er nicht wenigstens vor ihm zu conferiren ist. Man wird unterscheiden müssen. Wo der Erwerb auf Grund des letzten Willens erfolgt, wie bei der vermachten bedingten Forderung an einen Dritten, muß er dem Notherben aus demselben Grunde entzogen werden können, aus welchem soeben die Möglichkeit eines wirksamen Erbschaftserwerbs aus einer Substitution bestritten wurde. Bei den Zuwendungen aus Rechtsgeschäften unter Lebenden ist die Collationsverbindlichkeit, wenn der Notherbe Descendent ist und die Erbschaft mit eingesetzten Descendenten theilt, für das Recht seit der Nov. 18 Kap. VI nicht zu bestreiten[6]). — Wo die Voraussetzungen der Collation nicht gegeben sind, ist ein Anspruch gegen den Notherben dann zu begründen, wenn demselben bei der Zuwendung die Anrechnung auf den Pflichttheil vorgeschrieben war. Denn hier hat er mittelst der vor eingetretener Bedingung der Forderung durchgeführten Querel die Ausführung jener Vorschrift vereitelt, damit die condictio causa data causa non secuta gegen sich in's Leben gerufen. Abgesehen von diesen Fällen wird sich ein Anspruch gegen den Notherben, soviel ich sehe, nicht begründen lassen.

B. Gebiet der Ergänzungsklage. Voraussetzung ist, wie ich wiederhole, daß der Pflichttheilsberechtigte sich bereits die volle Erfüllung des Pflichttheils mit der Klage verschafft hat. Wird

5. 2, wegen des patronatischen Pflichttheilsrechts l. 8 § 4. 5. l. 50 § 4 D. de bon. libert. 38. 2.

[6]) Vergl. § 38 a. E., bei Anm. 20.

ihm jetzt noch ein Erwerb angeboten, der in den Pflichttheil einzurechnen gewesen wäre, so kann er diesen ohne Zweifel, soweit es einer Annahme bedarf, annehmen. Die durchgeführte Ergänzungsklage bereitet kein Hinderniß: sie hat das Testament in Kraft gelassen, nur eine Obligation des Testamentserben zur Geltung gebracht. Dagegen muß gesagt werden, ob nicht diesem Erben der Betrag zurückzuerstatten ist, der in Folge jenes neuen Erwerbs als ohne Grund geleistet erscheint. Ich bin in der That der Ansicht, daß eine condictio sine causa zu gewähren ist. Der Rechtssatz, welcher bei der Leistung auf Grund rechtskräftigen Urtheils die condictio indebiti abschneidet[7]), steht nicht im Wege; das Erkenntniß wird ja nicht in seinem Bestande angefochten, es wird nur geltend gemacht, daß der Kläger nach beendigtem Proceß auf Grund einer Verfügung des Erblassers dasjenige noch erlangt hat, um was er bisher verkürzt war, daß also die frühere Leistung nachträglich zu einer ungerechtfertigten geworden ist[8]).

II. Es ist Bedürfniß, daß hier kürzlich die wesentlichen Merkmale eines Erwerbs zusammengestellt werden, der eine Zuwendung auf den Pflichttheil darstellt oder in diesen einzurechnen ist[9]).

1. Die oben einzeln besprochenen Formen einer Gewährung des Pflichttheils sind so zusammenzufassen. Geeignet, dieser Aufgabe zu dienen, sind alle vom Erblasser von Todes wegen gemachten Zuwendungen mit Ausnahme der Substitution beim Vermächtniß, — der Anwachsung bei Vermächtniß und Schenkung auf Todesfall. Dagegen lassen die Zuwendungen aus Rechtsgeschäften unter Lebenden die Pflichttheilsberechtigung der Regel nach un-

---

[7]) J. 29 § 5 D. mandati 17. 1 und weitere Stellen bei Windscheid III § 426 Anm. 17.

[8]) Zu verweisen ist auf das Vorkommen der condictio sine causa (cond. causa finita) bei geleistetem Schadensersatz wegen schuldhafter Nichterfüllung einer Verbindlichkeit auf Rückgabe von Sachen, sofern der Gläubiger nachträglich deren Besitz erlangt hat. Ulp. l. 2 D. de cond. sine causa 12. 7: Si fullo vestimenta lavanda conduxerit, deinde amissis eis domino pretium ex locato conventus praestiterit posteaque dominus invenerit vestimenta —: an — condicere possit, quaesitum est, quia non indebitum dedit: nisi forte *quasi sine causa datum* sic putamus condici posse: etenim vestimentis inventis quasi sine causa datum videtur. Vergl. auch l. 17 § 5 D. commod. 13. 6.

[9]) Diese Aufgabe ist mit Recht in's Auge gefaßt von Arndts, Pand. § 594. Brinz II § 202. Windscheid III § 581.

berührt; Ausnahmen sind die einfache Schenkung mit bedungener Anrechnung, die Dos, die Eheschenkung —, beide Letztere zugewendet von einem zu beerbenden Ascendenten — die Verschaffung eines käuflichen Dienstes.

2. Damit ein Erwerb Zuwendung auf den Pflichttheil sei oder zur Einrechnung in diesen komme, muß er auf dem Willen des Erblassers beruhen. Dieser Satz folgt daraus, daß die Bestimmungen des Pflichttheilsrechts der letztwilligen Verfügung über das Vermögen eine Schranke ziehen, den Erblasser, wo er testirt, zur Bedenkung des Notherben nöthigen wollen[10]). Jenes allgemeine Willensmoment liegt gleichmäßig bei Zuwendungen von Todeswegen wie unter Lebenden vor Augen, da dieselben durch Rechtsgeschäfte des Erblassers vermittelt werden. Bei der letztwilligen Zuwendung wird eine Beziehung des Hinterlassenen auf den Pflichttheil, als Inhalt des Willens des Erblassers, nicht gefordert. Auch unter den Zuwendungen durch Rechtsgeschäft unter Lebenden ist es nur die Schenkung, bei welcher eine derartige Beziehung, in der vom Recht verlangten Anordnung der Anrechnung, gefordert wird. Bei den jüngeren Fällen — der Dos, der Eheschenkung und dem käuflichen Dienst — ist dieses Erforderniß aufgegeben.

Daß grade die zuletzt genannten drei Arten von Zuwendungen in unsrer Lehre vom Recht ausgezeichnet sind, erklärt sich — hier wie bei der Collation — aus ihrer Bestimmung, dem Notherben zu dessen Versorgung einen bestimmten Capitalwerth zu gewähren[11]).

Erforderlich ist noch

3. daß der Erwerb aus dem Vermögen des Erblassers gemacht sei. Dieser Satz wird in einer Reihe von Anwendungen bestimmt in den Quellen ausgesprochen[12]), er entspricht auch dem

[10]) Daher die Bezeichnung der Querel als Beschwerde darüber, daß der Notherbe übergangen oder enterbt sei: pr. J. h. t. 2. 18. l. 3. 5 D. eod. Aehnlich das „utpote non justis rationibus neglectus“ in l. 3 C. eod. Vergl. auch l. 11 in f. l. 15. l. 17. l. 18. l. 30 § 1 C. eod. Sodann das „hoc plane ei *imputare* potest, cur eum heredem non scripserit“ in l. 6 pr. D. h. t., das „dummodo non minus — quarta *ex judicio* parentis obtineat“ in l. 8 pr. C. h. t.

[11]) Vergl. Fein, Collation § 42 a. E. (S. 210). Leist, Forts. III S. 243.

[12]) a. Allgemeine Zeugnisse: Carac. l. 6 C. h. t.: — si *quartam bonorum* mortis tempore testator reliquit —. Justin. l. 36 pr. C. eod. — Repletionem autem fieri *ex ipsa substantia* patris —. Sodann: — repletionem au-

Weſen des Pflichttheilsrechts, das an den Erblaſſer das Anſinnen richtet, dem Notherben einen Theil ſeines Vermögens zuzuwenden. Negativ iſt von uns dieſes Merkmal beim Erwerb durch Pupillarſubſtitution und durch Leiſtung zur Erfüllung einer Bedingung verwerthet: beide Erwerbungen waren, als nicht aus der Erbſchaft gewonnen, vom Kreiſe der Zuwendungen auf den Pflichttheil auszuſchließen [13]).

So ſcharf indeſſen das Erforderniß in den Quellen betont wird, ſo iſt doch darum die Zuwendung einer fremden Sache nicht unwirkſam, vorausgeſetzt nur, daß im Fall ihrer Entwehrung Vergütung vom Teſtamentserben gefordert werden kann. Damit iſt ja eine fortdauernde Belaſtung der Erbſchaft, als Folge der Zuwendung, gegeben. Eine ausdrückliche Beſtimmung über dieſe Frage gewähren uns die auf das Pflichttheilsrecht bezüglichen Aeußerungen der Quellen bei den Zuwendungen durch Schenkung und durch Vermächtniß: hiervon iſt jetzt näher zu handeln. Jene Beſtimmung findet ſich in der ſchon in anderm Zuſammenhange beſprochenen l. 36 pr. C. h. t. von Juſtinian. (Vergl. § 39 unter II). Danach ſoll es bei Entwehrung der auf den Pflichttheil unter Lebenden oder auf Todesfall geſchenkten wie der vermachten Sache nicht mehr zur Querel kommen: iſt der zugewendete Gegenſtand ganz entwehrt, ſo ſoll eine andre Sache oder der Geldwerth geleiſtet werden, bei theilweiſer Entwehrung hat Ergänzung einzutreten. Inwieweit liegt hierin eine Neuerung?

Betrachten wir zunächſt das Vermächtniß. Iſt es auch Regel, daß der Beſchwerte bei Unbekanntſchaft des Erblaſſers mit dem fremden Eigenthum nur auf Ueberlaſſung des etwa bei ihm befind-

---

tem *ex rebus substantiae* fieri. Nov. 18 c. 1.: — non triuncium eis relinqui solum, sed etiam *tertiam propriae substantiae partem*. Ferner: — mediam eis *totius substantiae* relinqui partem. Aehnlich nov. 22 c. 48 pr. nov. 89 c. 12 § 3. Vergl. auch § 7 J. h. t. l. 8 § 11 D. l. 33 pr. C. eod. b. Aeußerungen im Einzelnen: 1. Dos und Eheſchenkung Zeno l. 29 C. h. t.: — si *ex substantia* ejus profecta sit, cujus de hereditate agitur. 2. *Militia:* Justin. l. 30 § 2 C. eod.: — occasione militiae *ex pecuniis* mortui — adquisitae —.

[13]) Vergl. § 40. — Beſonderes Gewicht war auf das vorliegende Erforderniß noch bei der Auslegung von l. 36 pr. C. h. t. zu legen. Vergl. § 39 unter II S. 316 f.

lichen Besitzes, nicht wegen Entwehrung haftet[14]), so soll doch nach Alex. l. 10 C. de legat. 6. 37 das Vermächtniß dann vollkommen wirksam sein, wenn besondere Umstände, z. B. eine nähere persönliche Beziehung zum Honorirten, den Willen des Erblassers annehmen lassen, den Vermächtnißnehmer auf jeden Fall mit dem ausgesetzten Gegenstande oder einem andern von gleichem Werthe zu bedenken[15]). Ein solches enges persönliches Verhältniß liegt nun doch grade bei den pflichttheilsberechtigten Personen vor: muß danach nicht gesagt werden, daß der Notherbe schon vor der l. 36 C. cit. auch im Fall der Entwehrung einen Anspruch aus dem Vermächtniß hatte, daß er demgemäß auch nur Werthsvergütung fordern, nicht zur Querel greifen konnte? Dann hat das neue Gesetz das bisherige Recht beim Vermächtniß bestätigt. Denn daß auch darin schwerlich eine Neuerung liegt, wenn die l. 36 C. cit. von einem *vel aliam rem vel pecunias restitui* spricht, wird unten gezeigt werden.

Zweifel erregt bei diesem Ergebniß eine Stelle aus dem patronatischen Pflichttheilsrecht, die l. 8 § 1 D. de bon. libert. 38. 2. Ulpian handelt — so. schon in den voraufgehenden, mit einander zusammenhängenden l. 6 § 4. l. 8 pr. D. eod. — vom Verzicht des Patrons auf die bon. poss. contra tabulas durch Annahme eines nicht den vollen Pflichttheil deckenden Vermächtnisses. In diesem Zusammenhange äußert l. 8 § 1 cit.:

Si patronus legatum sibi relictum adgnoverit idque fuerit evictum, *competit ei legitimum auxilium*, quia id, quod speravit se habiturum, non habet. sed si non totum evictum sit, verum aliquo minus habet quam putavit, erit ei subveniendum.

Hier scheint der Jurist die Möglichkeit eines Anspruchs wegen Entwehrung durch die Gewährung der bon. poss. contra tabulas

[14]) § 4 J. de legat. 2. 20. l. 77 § 8 D. de legat. II° (31).

[15]) l. 10 C. cit.: — quod si suam esse putavit, non aliter valet relictum, nisi *proximae personae* vel uxori vel alii tali personae datum sit, *cui legaturus esset* et si scisset rem alienam esse. Vergl. auch Alex. l. 6 pr. C. de fideic. 6. 42. Neuner, hered. instit. ex re certa S. 273—275 Anm. 40. Arndts, Fortf. von Glück 46 S. 155—157. Auffälliger Weise pflegt man die l. 36 pr. C. cit. bei der Besprechung der l. 10 C. cit. nicht zu berühren. Dagegen weisen Francke S. 396, Mühlenbruch S. 323 bei der Besprechung der ersteren Stelle auf l. 10 C. cit. hin, ohne übrigens das Verhältniß beider Gesetze zu einander näher zu entwickeln.

(legitimum auxilium) abzuweiſen, und doch wird man nicht umhin können, die Vergünſtigung der l. 10 C. cit. — Anm. 15 — auch auf den Patron zu beziehen. In Wahrheit jedoch erledigt ſich die Schwierigkeit vollſtändig, wenn man im Auge behält, daß die l. 8 § 1 cit. von einem Verzicht handelt[16]). Danach liegt das Rechtsverhältniß ſo: der Patron hat ſich das an ſich unzureichende Vermächtniß als Abfindung des Pflichttheilsanſpruchs genügen laſſen wollen; wird ihm jedoch die vermachte Sache ganz oder theilweiſe entzogen, ſo iſt ihm nun auch nicht entgegenzuhalten, er habe auf den Pflichttheil verzichtet[17]). Er wird ähnlich behandelt, wie nach der m. E. richtigen Meinung der Gläubiger, welchem die an Zahlungsſtatt gewährte Sache entwehrt wird[18]): er hat die Wahl zwiſchen der Forderung wegen Entwehrung und dem urſprünglichen Pflichttheilsanſpruch.

Ich nehme hiernach an, daß ſchon vor der l. 36 pr. C. cit. der Notherbe, dem eine in ihrem Werth dem Pflichttheil gleichkommende fremde Sache vermacht war, ſich mit dem Anſpruch gegen die Erben wegen Entwehrung begnügen mußte. Indeſſen wurde auf ſolchem Wege doch nur mittelbar ein Anſpruch gegen dieſe Erben begründet: daraus wird es ſich erklären laſſen, daß in ſpäter Kaiſerzeit die Frage ſtreitig wurde, ob man in dieſem Falle die Querel zu verſagen habe. Auch über die Anwendung des in der obigen l. 10 C. de legat. 6. 37 enthaltenen, überall nicht ſcharf formulirten Prinzips konnten leicht Zweifel entſtehen. Alles das bot für Juſtinian eine genügende Veranlaſſung, den Gegenſtand im Wege der Geſetzgebung zu regeln. Die l. 36 C. cit. faßt zudem das Vermächtniß mit der Schenkung zuſammen, bei dieſer aber ſtellt die Anordnung des Geſetzes in der That eine erhebliche Neuerung dar;

---

[16]) Darauf bezieht ſie auch Schmidt, Pflichtth.-R. S. 57 Anm. 67. — Nicht hieher gehört l. 31 D. eod.: die Entſcheidung beruht darauf, daß der Patron durch das angenommene Vermächtniß des früher von ihm ſelbſt an den Freigelaſſenen verkauften fremden Landguts von ſeiner Evictionsverbindlichkeit befreit, damit alſo in der That den Werth des Gegenſtands erlangt hat. Vergl. *Pothier*, pand. Justin. 38. 2 num. 44 in d. Anm.

[17]) Aehnlich l. 8 pr. l. 46 D. eod. l. 12 § 1 D. de inoff. 5. 2.

[18]) Darüber l. 46 pr. § 1 D. de solut. 46. 3 (eine Stelle, welche ſelbſt im Gedankengang der l. 8 § 1 cit. ähnlich iſt). l. 8 C. de sent. et interloc. 7. 45. l. 24 pr. D. de pignor. act. 13. 7. l. 4 C. de evict. 8. 45. Näheres bei Römer, Leiſtung an Zahlungsſtatt S. 38—62. Windſcheid II § 342 Anm. 14.

darum konnte leicht beim Vermächtniß das Verhältniß der Vorschrift zum bisherigen Recht verdeckt bleiben.

Ohne Zweifel ist bei der Schenkung die Haftung des Schenkers im Fall der Entwehrung des geschenkten Gegenstands eine beschränkte; darüber aber, inwieweit sie dies ist, wird gestritten und läßt sich streiten. Ich schließe mich der herrschenden Meinung an, welche zwischen der Schenkung einer individuell und einer nur der Gattung nach bestimmten Sache unterscheidet[19]). Bei der Ersteren hat der Schenker, abgesehen vom Fall der Arglist, sicher nicht für Entwehrung aufzukommen, wenn er nicht die Haftung für diese zugesagt hat[20]). Demnach stellt sich die Bestimmung der l. 36 pr. C. h. t. ohne Weiteres als regelwidrig dar: denn das Gesetz verpflichtet die Erben im Fall der Entwehrung der auf den Pflichttheil geschenkten Sache — im Interesse der Aufrechthaltung des Testaments — unbedingt zur Vergütung. Auf den besonderen Inhalt dieser Verpflichtung komme ich sogleich. Ist eine generisch bestimmte Sache geschenkt, so ist der Schenker nach der erwähnten herrschenden Lehre im Fall der Entwehrung in Anspruch zu nehmen. Uneinig ist man hier wieder, ob die Verpflichtung — was ich für das Richtige halte — auf Gewährung einer andern Sache derselben Gattung geht[21]), oder ob der Beschenkte die Wahl hat zwischen diesem Anspruch und dem andern auf Gewährung des Interesse, welches er daran hat, daß ihm nicht das Eigenthum am Hingegebenen verschafft worden ist[22]). Die Frage ist die nach der Entstehung einer Verbindlichkeit aus der in der Uebergabe abgegebenen Willenserklärung. Nun scheinen mir schon die Gründe sehr gewichtig, welche Arndts und Brinz[23]) gegen die

[19]) Vergl. Glück 20 S. 237 ff. Vangerow III § 610 Anm. 2. Windscheid II § 366 Num. 4; weitere Litteratur bei den Genannten.

[20]) l. 18 § 3 D. de donat. 39. 5. l. 131 § 1 D. de V. O. 45. 1. l. 2 C. de evict. 8. 45. — Nahe steht der Haftung auf Grund des im Text erwähnten Versprechens der bei Windscheid a. a. O. mit Recht hervorgehobene Fall, wo eine fremde Sache als fremde geschenkt ist, nur daß hier keine Verbindlichkeit wegen Entwehrung vorliegt. Eine solche Schenkung kann, sofern sie wirklich die Sache und nicht etwa blos den Besitz zum Gegenstand hat, nur als Uebernahme der Verpflichtung zur Verschaffung des Eigenthums der Sache verstanden werden.

[21]) So Glück und Vangerow a. d. a. OO.

[22]) So Windscheid a. a. O., verglichen mit § 342 Anm. 6[a] und 6[b].

[23]) Arndts, Arch. f. civ. Prax. 50 S. 152 ff., verbunden mit S. 150 a. E.

Annahme einer ſolchen Verbindlichkeit im Fall der Uebergabe Zwecks der Beſtellung einer Dos, ohne voraufgehendes Dotalverſprechen, entwickelt haben: noch mehr aber halte ich in unſerm Falle jene Auffaſſung für unſtatthaft. Die Schenkung einer generiſch beſtimmten Sache iſt nur ſo zu denken, daß zunächſt ein Schenkungsverſprechen ertheilt, die Uebergabe dann Behufs der Erfüllung vorgenommen wird. Steht aber nicht der in der Erfüllung erklärte Wille der Schuldtilgung in ſchärfſtem Gegenſatze zu dem Willen, ſich verbindlich zu machen, und iſt es danach möglich, daß dieſe zweite Willensbeſtimmung ohne Weiteres in der erſten begriffen ſein ſollte[24])?

Wie es ſcheint, iſt die zuletzt beſprochene Frage bei dem uns allein intereſſirenden Fall einer auf den Pflichttheil geſchenkten Sache durch das Geſetz geregelt. Die l. 36 pr. C. cit. ſchreibt für den Fall der Entwehrung des (vermachten oder) geſchenkten Gegenſtandes vor: Sancimus — emendari vitium et vel aliam rem vel pecunias restitui —. Dieſe Beſtimmung würde nicht wohl zu begreifen ſein, wenn danach auch bei Entwehrung einer geſchenkten Species nach Wahl des Erben eine andere Sache oder der Werth der entwehrten Sache geleiſtet werden ſollte. Dagegen erhalten die Worte einen guten Sinn, wenn man das „vel aliam rem“ auf die Schenkung einer nur der Gattung nach beſtimmten Sache, das „vel pecunias“ auf die Schenkung einer Species bezieht. So verſtanden beſtätigt das Geſetz für dieſen einzelnen Fall die Anſicht, welche oben (bei Anm. 21) bezüglich der Verbindlichkeit des Schenkers bei Entwehrung der generiſch beſtimmten Sache vertheidigt wurde.

D. Zuläſſiger Ausſchluß vom Pflichttheil.

§ 42.

1. Aus gerechtem Grunde*).

Zum Rechtsgrunde der Querel gehört, daß der Notherbe lieblos von der Erbſchaft ausgeſchloſſen iſt; ähnlich ſtützt ſich die Ergänzungs-

S. 151. Brinz II S. 1263 f. Vergl. dazu die entgegengeſetzte Ausführung bei Windſcheid II § 495 Anm. 5.

[24]) Von den bei Windſcheid § 342 Anm. 6[b] angeführten Stellen (l. 16 D. de cond. c. d. 12. 4. l. 131 § 1 D. de V. O. 45. 1. l. 27 D. de solut. 46. 3. l. 45 § 1. l. 46 D. de legat. I[c]) iſt zu ſagen: die Verbindlichkeit, welche hier neben der Uebergabe her geht, wird nicht aus dieſer abgeleitet, ſondern aus der urſprünglichen Obligation, für welche die Uebergabe für ſich allein keine genügende Erfüllung abgegeben hat.

*) Francke S. 289—298. Mühlenbruch 37 S. 118—133. S. 380—391.

klage auf die Thatsache einer ungerechtfertigten Verkürzung des Pflichttheils. Nicht immer aber verstößt der Erblasser gegen die Vorschriften des Pflichttheilsrechts, indem er den Notherben nicht oder nicht genügend bedenkt, es können ihm dabei rechtfertigende Gründe zur Seite stehen[1]). Ich bespreche zunächst die Ausschließungsgründe[2]), an zweiter Stelle die in Ansehung derselben geltenden Grundsätze über die Beweislast.

I. Bis auf die Nov. 115 waren jene Gründe nicht gesetzlich festgestellt, es war Sache der richterlichen Beurtheilung, ob im einzelnen Fall ein genügender Grund gegeben sei. Die Quellen enthalten eine Reihe hierauf bezüglicher casuistischer Angaben[3]); dabei erhebt erst Justinian die unbedingte Anforderung, daß ein an die Person des Notherben selbst anknüpfender Vorwurf vorliege[4]).

Daß ein Ausschließungsgrund oder auch nur ein Urtheil über die Person des betreffenden Notherben im Testament *ausgesprochen* werde, ist vom Standpunkt des uns hier beschäftigenden Pflichttheilsrechts der Zeit vor Nov. 115 nicht erforderlich. Nur wenn Etwas, aber zu wenig zugewendet wird, ist die Zulässigkeit des vom Testamentserben zu erhebenden Vorwurfs verdienter Verkürzung nach l. 30 pr. C. h. t. davon abhängig, daß der Erblasser den Vorwurf im Testament zum Ausdruck gebracht hat.

Bei der Pflichttheilsberechtigung der Geschwister begegnet in der vorliegenden Lehre eine zweifache Streitfrage. In früherer Zeit haben sich vereinzelte Stimmen dafür ausgesprochen, daß die gegen bescholtene Testamentserben zurückgesetzten Geschwister stets zur Anfechtung des letzten Willens zuzulassen seien, ohne Rücksicht darauf, ob in ihrer eigenen Person Ausschließungsgründe beständen[5]). Aus der heutigen Theorie ist diese unhaltbare Meinung verschwunden;

---

[1]) Daher in den Quellen das häufige Betonen der unverdienten wie der verdienten Ausschließung, — eine Thatsache, mit der die Beweisfrage überall nicht entschieden ist. Vergl. pr. J. h. t. 2. 18. l. 5 D. eod. l. 3. 18. 22. 23 C. eod. l. 132 pr. D. de V. O. 45. 1. l. 7 pr. D. de bon. libert. 48. 20.

[2]) Durch diese kann auch durchweg, wie begreiflich, die bloße Schmälerung des Pflichttheils begründet werden.

[3]) l. 18. 19. 20. 23. 28. l. 33 § 1 C. h. t. Dazu nov. 22 c. 47. Vergl. auch Plin. V ep. 1.

[4]) Vergl. einerseits l. 3 § 5 D. de B. P. co. tab. 37. 4, anderseits l. 33 § 1 C. h. t. 3. 28.

[5]) Vergl. die Angaben bei Glück VII S. 402. Francke S. 381.

in der That kommen die Geschwister durch die Berufung bescholtener Erben dem Testament gegenüber lediglich in die Lage, in der sich andere Pflichttheilsberechtigte ohne Weiteres befinden[6]).

Mehr Bedeutung hat die Behauptung, daß für Geschwister nach positiver Bestimmung nur drei Ausschließungsgründe bestehen: Lebensnachstellungen, Anklage wegen peinlichen Verbrechens, versuchte Zufügung eines Vermögensverlusts[7]). Man hat sich dafür auf nov. 22 c. 47 pr. berufen; ein Blick auf das Gesetz dient zur Widerlegung. Justinian hat in dem voraufgehenden Kap. 46 § 2—4 bestimmt: stirbt ein Kind mit Hinterlassung von Geschwistern sowie der Mutter, so sollen diese Angehörigen neben einander erben, doch soll die Mutter, falls sie zu einer weiteren Ehe geschritten ist oder noch schreitet, an dem aus dem väterlichen Vermögen herrührenden Theile der Kindeserbschaft nur den Nießbrauch erhalten, die Proprietät dagegen an diejenigen Geschwister des verstorbenen Kindes verlieren, die sich weder gegen dieses Kind, noch gegen die Mutter undankbar erzeigt haben. Eben mit Bezug auf diesen Fall wird in c. 47 pr. der unter Geschwistern zu erhebende Vorwurf der Undankbarkeit auf die obigen drei Vergehungen beschränkt. Hier steht augenscheinlich keine Notherbfolge in Frage, es handelt sich um eine nach Gesetzesvorschrift eintretende, zudem auf bestimmte Vermögenstheile beschränkte Succession: die Vorschrift selbst aber ist augenscheinlich eine singuläre. Beide Rücksichten müssen die Uebertragung auf das Pflichttheilsrecht der Geschwister verbieten. Für Letzteres dürfen zwar die erwähnten drei Gründe neben möglichen andern[8]) als Ausschließungsgründe gelten: Princip aber ist noch heutzutage, daß der Richter unter freier Würdigung des concreten Thatbestands zu befinden hat, ob ein die Zurücksetzung des Notherben rechtfertigender Grund anzunehmen ist.

---

[6]) Vergl. namentlich l. 27 C. h. t.

[7]) So *Donell.* comment. de jure civ. VI c. 15 n. 2. In lib. XIX c. 4 n. 11 fügt Donell zwei weitere Fälle hinzu, in denen die Ausschließung der Geschwister wirksam sein soll. Der eine ist die Einsetzung eines Sclaven als heres necessarius, nach l. 27 in f. C. h. t., der andre soll nach l. 11 C. eod. dann gegeben sein, wenn dem Notherben die nämliche Bescholtenheit zur Last fällt, wie dem eingesetzten Erben. Vergl. über diese Ansicht Glück VII S. 206 ff. Francke S. 292. Mühlenbruch S. 382—391.

[8]) Einen ferneren Grund (Vernachlässigung des Erblassers in einer Geisteskrankheit) gibt vermöge ihrer weiten Fassung die Nov. 115 Kap. III § 12 an die Hand.

Aus dem patronatischen Pflichttheilsrecht ist nur zu bemerken, daß der Patron wegen bestimmter Gründe, die schon in der classischen Zeit feststanden, des Anrechts auf die bon. poss. contra tabulas verlustig gehen konnte. Für das Pflichttheilsrecht der Verwandten haben die einzelnen Gründe keine Bedeutung; ich begnüge mich daher mit einer Verweisung auf die erschöpfende Darstellung bei Schmidt, Pflichtth.-R. S. 42 ff.

II. Während die Nov. 115 auf das Bestimmteste dem eingesetzten Erben den Beweis des vom Erblasser im letzten Willen zu bezeichnenden gesetzlichen Ausschließungsgrundes abfordert, lassen die Quellen rücksichtlich des früheren, bei der Beweisfrage maßgebenden Rechts Zweifel bestehen. Die herrschende Meinung geht dahin, an erster Stelle habe der Pflichttheilsberechtigte sein Wohlverhalten darzuthun: einem so allgemein gefaßten Beweissatze gegenüber werde jedoch der Testamentserbe meist zur Angabe und zum Beweise eines bestimmten Ausschließungsgrundes genöthigt sein[9]). Die entgegengesetzte Meinung vertheidigt Francke[10]); er führt sie so aus: Der Anspruch auf den Pflichttheil ist für die berechtigten Personen durch das Gesetz begründet; die Behauptung, dieser Anspruch sei zufolge Vergehens verloren gegangen, erscheint als eine vom andern Theil zu beweisende Einrede. Ich glaube nach Lage der Quellen dieser zweiten Ansicht folgen zu müssen.

Die einzige wirkliche Stütze der herrschenden Lehre ist die Berufung auf den vermeintlichen Klaggrund der Querel; dieser soll nach l. 3. l. 5 D. h. t. 5. 2 in der Behauptung des Klägers bestehen, „daß er durch die Ausschließung lieblos vom Testirer behandelt sei." (Mühlenbruch S. 123 f.) Nach meiner Ueberzeugung sprechen die Stellen von einem bloßen Vorbringen des Klägers, ohne damit den Klaggrund feststellen zu wollen; — ganz bestimmt sprechen sie nicht von der Beweislast. Indem ich zu ihrer Betrachtung schreite, hebe ich vor Allem hervor, daß sie eine einige, ununterbrochene Ausführung des Marcellus darstellen. Dies zeigt nicht allein die Inscription (lib. III Dig.), sondern auch die zwischen

[9]) Vergl. namentlich Mühlenbruch 37 S. 123—133. Zustimmend Arndts II S. 581 bei Anm. 115. Bangerow II § 478 Anm. unter 3. Windscheid III § 583 bei Anm. 5.

[10]) Recht der Notherben S. 292—298. Frühere Vertreter dieser Auffassung das. S. 293 Anm. 15. 16.

beiden Fragmenten beſtehende enge Verbindung [11]). Die l. 3 cit. lautet:

> Inofficiosum testamentum dicere hoc est *allegare*, quare exheredari vel praeteriri non debuerit: quod plerumque accidit, cum falso parentes instimulati liberos suos vel exheredant vel praetereunt.

Hier zeigt das „allegare“ mit voller Beſtimmtheit, daß von einem bloßen Sichbeſchweren über die Ausſchließung von der Erbfolge die Rede iſt; rückſichtlich der Begründung der Beſchwerde („quare“) wird nichts beigebracht. Eben auf dieſe Aeußerung aber kommt Marcellus nach einer kurzen Auslaſſung über das „exheredare vel praeterire“ (vergl. Anm. 11) in l. 5 cit. mit den Worten zurück:

> — hujus autem verbi „de inofficioso“ vis illa *ut dixi* est docere immerentem se et ideo indigne praeteritum vel etiam exheredatione summotum —,

er ſchließt dann mit einer kurzen Andeutung über die Verwendung des color insaniae. — Iſt darin, wie das Mühlenbruch unter Verweiſung auf das „docere“ behauptet, ein Ausſpruch über den vom Kläger zu führenden Beweis gegeben? Beſtimmt nicht. Daß das „docere“ zu einer ſolchen Annahme nicht nöthigt, liegt auf der Hand, es bezeichnet oft genug das bloße Parteianführen [12]). Und daß das Wort im vorliegenden Falle in dieſem Sinne genommen werden muß, ergibt ſich aus dem innigen Zuſammenhange mit l. 3 cit. Marcellus will die in letzterer Stelle niedergelegte Aeußerung wiederholen, und darum würde es unbegreiflich ſein, wenn er dem Leſer einen Sprung vom Parteivorbringen (allegare) zum Beweiſe zumuthete.

---

[11]) In l. 3 cit. — ſo namentlich wiederholt am Schluß — iſt darauf hingewieſen, daß die Querel Beſchwerde über Enterbung oder Uebergehung ſei. Eben dies erläutert der erſte Satz von l. 5 cit. durch den Hinweis auf ſolche Querelberechtigte, die kein formelles Notherbenrecht haben: Nam et his, *qui non ex masculis descendunt*, facultas est agendi. cum *et de matris testamento* agant et optinere assidue soleant. — (Hieran ſchließen ſich die ſogleich im Text mitzutheilenden Worte an.)

[12]) Vergl. l. 2 D. de extraord. cogn. 50. 13: De usu aquae, de rivis novis inciviliter institutis — praesidem provinciae *doceri* oportere —. l. 7 D. de ann. leg. 33. 1: — si praetor *doctus* sit non expedire pupillum eo morari —. *Dirksen* man. v. docere § 2. v. doctus § 1.

Hiernach sagen beide Stellen nur aus, daß Kläger vor Gericht anbringt, er sei unverdient ausgeschlossen[13]; damit ist es vollkommen verträglich, daß auch vor der Nov. 115 der Beklagte behaupten und beweisen mußte, die Ausschließung sei eine gerechtfertigte. Und das nimmt Francke mit Recht an, er geht nur insofern zu weit, als er der entgegengesetzten Ansicht vorwirft, sie fordere vom Kläger etwas Unmögliches, wenn derselbe beweisen solle, daß er sich niemals einer zur Ausschließung berechtigenden Handlung schuldig gemacht habe. Ein solcher Beweis wird von den Vertretern jener Ansicht nicht verlangt[14]. Wohl aber ist der von uns angefochtenen Lehre entgegenzuhalten, daß die Art, wie sie den Klaggrund der Querel bestimmt, eine unnatürliche ist. Das nahe verwandtschaftliche Verhältniß des Notherben zum Erblasser, sofern es Ersteren beim Tode des Erblassers in der ersten Reihe der gesetzlichen Erben erscheinen läßt, muß als völlig zureichender, darum einziger Grund des Anspruchs auf den Pflichttheil behandelt werden[15]. Fehlt es daher an der Bedenkung eines solchen Verwandten, so ist auch dessen Ausschließung ohne Weiteres als eine ungerechtfertigte zu bezeichnen. Die Annahme, daß besondere Thatsachen vorgelegen hätten, welche den Kläger jener nahen Verwandtschaft ungeachtet der Berücksichtigung unwerth machten, erscheint so lange nicht veranlaßt, als nicht solche Thatsachen vom Testamentserben behauptet und bewiesen werden.

Führt schon zu einer derartigen Regelung der Beweislast die Betrachtung der juristischen Natur der hier zu erwägenden Klagebehauptungen und Gegenbehauptungen, so muß es auch als unbestreitbar bezeichnet werden, daß derselbe Satz in den Quellen in einer ganzen Reihe von Aussprüchen von der Zeit Diocletian's an ausgeprägt ist: in ihnen allen wird ohne Einschränkung dem Testaments-

---

[13]) Das Gleiche lehrt das dem Inhalt nach nah verwandte pr. J. h. t. 2. 18: — inductum est, ut de inofficioso testamento agere possint liberi, qui *queruntur* aut inique se exheredatos aut inique praeteritos —.

[14]) Vergl. einerseits Francke S. 293, anderseits Mühlenbruch S. 125—127. Nach Letzterem soll es als Beweis der liebloſen Gesinnung des Erblassers genügen, „wenn nach den vorliegenden Umständen die Würdigkeit des Klägers und „das zwischen ihm und dem Testirer stattgefundene gute Vernehmen so lange an„genommen werden muß, bis das Gegentheil dargethan wird".

[15]) Vergl. an Stellen, welche lediglich das verwandtschaftliche Verhältniß betonen: l. 4. l. 6. l. 15 pr. D. h. t. 5. 2. l. 3. l. 17. l. 21. l. 27 C. eod. 3. 28.

erben der Beweis eines Ausſchließungsgrundes aufgelegt[16]). Und dabei erſcheint es gradezu undenkbar, daß überall die Vorausſetzung eines vorher vom Kläger zu erbringenden Hauptbeweiſes über ſein ordnungsmäßiges Verhalten gegen den Erblaſſer mit Stillſchweigen übergangen ſein ſollte. Eben dies aber muß die von uns beſtrittene Anſicht annehmen: die Stellen ſollen von der Ordnung der Beweislaſt überall nicht reden, den Kläger von dem ihm vermeintlich obliegenden Beweiſe jenes Wohlverhaltens nicht befreien[17]).

Uebrig iſt nur noch Eine Aeußerung der Quellen, die l. 28 C. h. t. von Conſtantin. Dieſe ſcheint im Eingang von dem mit der Querel auftretenden Sohne im Gegenſatz zu der in gleicher Lage befindlichen Mutter den Beweis ſeines pflichtmäßigen Verhaltens zu fordern, bei der Klage der Mutter eine amtliche Unterſuchung der Frage des verdienten Ausſchluſſes anzuordnen. Allein ſchon bei einer ſolchen Auffaſſung würde ſich keine der ſtreitenden Anſichten auf Conſtantin's Geſetz berufen können: wie die Ordnung in Anſehung der Deſcendenten der von uns behaupteten Regel, ſo widerſpräche die Behandlung der Aſcendenten den Grundſätzen, welche von der herr-

---

[16]) Der Raumerſparniß wegen bringe ich die Aeußerungen in die Anmerkung: a. Dioclet. l. 22 C. h. t. Si — filia — exheredata facta minime probetur nihilque ei relictum est *neque justas causas offensae praestitisse convincatur* —. b. Nov. Major. tit. VI § 8. — Haen. c. 312 —: quidquid ab ea (sc. matre) *non justis causis exheredationis exstantibus, quas sine dubio probaturus est, qui videtur filiis anteferri*, donatum fuerit vel relictum —. c. Justin. l. 30 pr. C. h. t.: — liceat — id quod minus portione legitima sibi relictum est — exigere, *si tamen non ingrati legitimis modis arguantur*, cum eos scilicet ingratos circa se fuisse testator dixerit —. d. Id. l. 34 C. eod. — posse nepotem eandem causam (sc. inofficiosi querellae) proponere: et *si non heres apertissimis probationibus ostenderit ingratum* patrem nepotis *circa testatorem fuisse*, testamento remoto ab intestato eum vocari —. e. Id. l. 10 C. de sec. nupt. 5. 9: — Eos etenim liberos hujusmodi beneficio defraudari volumus, *qui re ipsa ingrati circa suam antiquitatem ab heredibus genitorum liquidis et indubitatis probationibus convicti fuerint* ex hujusmodi casibus, qui antea priscis legibus enumerati sunt. f. Nov. 92 c. 1 § 1: Haec autem dicimus de filiis gratis existentibus eis, non de ingratis et quibus pater *justam et legitimam ingratitudinem infert. Nam si hoc ita se habere apparuerit et approbentur ingratitudinis causae*, sint ea quae in lege de ingratis posita sunt rata —.

[17]) So Mühlenbruch S. 128.

schenden Lehre aufgestellt werden. Die richtige Auslegung der l. 28 C. cit. ist wiederholt ausgeführt worden. Die ursprüngliche Fassung der Constitution liegt uns in l. 2 C. Th. h. t. 2. 19 vor, dieselbe ist ungeschickt von den Compilatoren verändert: aus jenem ursprünglichen Wortlaut aber ergibt sich, daß Constantin die Beweislast bei der Querel nicht regeln, vielmehr die Frage des materiellen Rechts feststellen wollte, ob überhaupt der Mutter gleich den Descendenten Ausschließungsgründe entgegengehalten werden könnten[18]).

Zur Empfehlung der hier ausgeführten Ansicht über die Beweisfrage dient es, daß dieselbe nicht allein jeden Widerspruch unter den vor der Nov. 115 liegenden Aussprüchen der Quellen beseitigt, sondern auch übereinstimmende Beweisgrundsätze für das frühere Recht und das Recht der Novelle gewinnt. Es ist in der That nicht glaublich, daß Justinian, wenn er in drei Constitutionen des Codex und noch in Nov. 92 (Anm. 16 c. — f.) den Testamentserben den Beweis eines genügenden Ausschließungsgrundes auflegte, dies in einem andern Sinne gethan haben sollte, als in dem unzweideutig in der Nov. 115 dargelegten.

§ 43.

2. Ausschließung in wohlmeinender Absicht *).

I. Die soeben erörterte Art der Ausschließung (§ 42) will dem Notherben die Aussicht auf den Pflichttheil lediglich darum entziehen oder verkürzen, weil er nach der Ansicht des Erblassers eine solche Zurücksetzung durch sein Verhalten verdient hat, sie trägt also die Merkmale eines dem Pflichttheilsberechtigten willentlich vom Erblasser zugefügten Uebels an sich. Eine Entziehung oder Schmälerung des Pflichttheils kann indessen auch deshalb Bedürfniß werden, weil der Notherbe sich nicht als eine zu dessen Uebernahme und Verwaltung geeignete Person darstellt; sie wird ausgesprochen in seinem eignen, oft zugleich in seiner Descendenten Interesse, also in wohlmeinender Absicht. Schon angedeutet ist, daß diesem Gegensatz nicht allein für das Gebiet der Enterbung, oder allgemeiner der Ausschließung von der Erbschaft Geltung zu-

[18]) So schon *Jac. Gothofredus* comment. ad l. 2 C. Th. cit., neuerdings Mühlenbruch S. 128—133. Bangerow a. a. O.

*) Francke S. 422—444. Mühlenbruch 37 S. 391—465. K. Schmidt, Arch. f. civ. Prax. 54. S. 357—406.

kommt; — auch die Beſchränkung des Pflichttheils durch Bedingung, Zeitbeſtimmung, Vermächtniß oder ſonſtige Auflage kann ſich auf den einen wie andern Grund ſtützen[1]).

Der berührte Gegenſatz, der in den Lebensverhältniſſen eine gegebene Grundlage findet, liegt in den Quellen des römiſchen Rechts deutlich vor uns. Trotzdem iſt mehrfach der Annahme einer beſonderen Enterbung in wohlmeinender Abſicht widerſprochen; der Widerſpruch iſt in neuerer Zeit näher ausgeführt von Francke (Anm. *). Nun hat zwar die Beweisführung des Letzteren wenig Anklang gefunden, insbeſondere haben die beiden gründlichen Darſtellungen von Mühlenbruch und K. Schmidt an der herrſchenden Lehre feſtgehalten: trotzdem glaube ich jener abweichenden Anſicht um der hohen Bedeutung willen, welche Francke's Werk zukommt, inſoweit Rechnung tragen zu müſſen, als ich die Beweiſe für das Beſtehen der exheredatio bona mente als eines ſelbſtändigen Rechtsinſtituts an die Spitze ſtelle. Dieſelben fügen ſich leicht in die ſyſtematiſche Entwicklung der Lehre ein, indem mit ihnen die Darſtellung der in der Perſon des Notherben gegebenen Gründe in Verbindung gebracht wird, zufolge deren der Erblaſſer eine wohlmeinende Ausſchließung verfügen kann. Eine ſolche erſcheint nach den Quellen gerechtfertigt,

A. wenn der Pflichttheilsberechtigte Verſchwender iſt. In l. 16 pr. D. de curat. fur. 27. 10 hat Tryphonin bemerkt: habe der Vater für ſeinen wenngleich großjährigen geiſteskranken Sohn einen Curator im Teſtament ernannt, ſo ſei dieſer vom Prätor zu beſtätigen. Nach § 1 ſoll das Gleiche geſchehen, wenn ein Vormund für den verſchwenderiſchen Sohn ernannt wird. Auf die daran geknüpfte Frage, ob hier die Beſtätigung unter allen Umſtänden auszuſprechen ſei, oder nur dann, wenn die Perſönlichkeit des Sohnes den Prätor auch ohne die Anordnung des Vaters zur Beſtellung eines Vormunds veranlaßt haben würde, zumal wenn der Verſchwender Kinder habe, wird die Antwort erſt im § 3 der Stelle ertheilt[2]). Eingeſchoben

[1]) Der Kürze wegen wird im Folgenden nur von der Ausſchließung geſprochen.

[2]) Dort lehrt Tryphonin, der Prätor habe dem vom Vater über den Sohn ausgeſprochenen Urtheil jedenfalls Folge zu geben. Indeſſen iſt das nur inſoweit anzunehmen, als nicht die Verfügung des Vaters offenbar ungerecht iſt. Vergl. Mühlenbruch S. 434—436 und (wegen der Bedeutung der Curatel) Windſcheid II § 446 Anm. 9.

aber ist als § 2 eine auf unsre Lehre bezügliche Aeußerung, die so lautet:

Potuit tamen pater et alias providere nepotibus suis, *si eos jussisset heredes esse et exheredasset filium* eique quod sufficeret alimentorum nomine ab eis certum legasset addita causa necessitateque judicii sui: aut si non habuit in potestate nepotes, quoniam emancipato jam filio nati fuissent, *sub condicione eos heredes instituere, ut emanciparentur a patre prodigo.*

In diesem Ausspruche, der seiner besonderen Wichtigkeit wegen ganz mitzutheilen war, besitzen wir ohne Frage eine Anwendung der Enterbung in wohlmeinender Absicht[3]). Die ganze Anordnung soll vom Erblasser aus Vorsorge für seine Descendenz getroffen werden („providere"): in diesem Sinne werden über den Kopf des Verschwenders hinweg dessen Kinder als Erben gerufen, für den Sohn aber wird durch Aussetzen von Alimenten gesorgt. Auch das von Tryphonin empfohlene Anführen des Grundes, welcher zu solchen Vorsichtsmaßregeln nöthigt, soll den auf das Wohl der Nachkommen gerichteten Sinn des Erblassers darlegen. Die am Schlusse für den Fall bestehender väterlicher Gewalt des Verschwenders in Aussicht genommene Bedingung der Emancipation der (zu Erben zu ernennenden) Kinder soll unter B berührt werden. (Vergl. Anm. 8.)

Von den Gründen, um deren willen Francke die Beweiskraft der l. 16 § 2 cit. bestreitet, sind hier nur zwei zu berühren. Der Zusammenhang der l. 16 § 2 cit. mit der Enterbung in wohlmeinender Absicht wird bestritten, weil die letztwillige Verfügung nicht das Beste des verschwenderischen Sohnes in's Auge fasse, sondern das der Enkel; daneben sucht Francke die Thatsache einer Verletzung des regelmäßigen Pflichttheilsanspruchs des Sohnes zu beseitigen, indem er bei der für den Letzteren vorbehaltenen Zuwendung dessen, „quod *sufficeret* alimentorum nomine" im Gedanken ein ad excludendam querellam" ergänzt[4]). Letztere Auskunft ist augenscheinlich unhaltbar, das „alimentorum nomine" lehrt, daß von einem „zureichenden" Lebensunterhalt die Rede ist[5]). Aber auch jener erste Einwurf hat kein Ge-

[3]) Dafür nachdrücklich Bas. 38. 10. 16 schol. 1 und 2 (schon von Mühlenbruch herangezogen).

[4]) Francke S. 437. Gegen ihn ausführlich Mühlenbruch S. 442—445.

[5]) Vergl. Bas. 38. 10. 16: — *καὶ ληγατεύειν αὐτῷ τὰ πρὸς ἀποτροφὴν ἀρκοῦντα.* Schol. 1 ib.: — *καὶ ἐκέλευσε παρέχεσθαι — τὰ ἀρκοῦντα πρὸς ἀποτροφήν —.*

wicht. Es ist grade das Charakteristische der Enterbung in wohlmeinender Absicht, daß bei ihr der Erblasser von den Schranken des Pflichttheilsrechts entbunden erscheint, um nach freiem Ermessen und unter vollständiger Erwägung der ihm vorliegenden concreten Verhältnisse sein Vermögen zum Wohl des Notherben zu verwenden. Darum wird sich die Abweichung von den gewöhnlichen Anforderungen des Notherbenrechts je nach Lage des einzelnen Falles verschieden gestalten. Nun war nach l. 16 § 2 cit. der Verschwender Familienvater, er überkam also mit des Vaters Tode die Verpflichtung, für seine Kinder zu sorgen: darum wurde in erster Linie grade seinem Interesse Rechnung getragen, indem der Hauptstock des Erbtheils den Kindern gesichert, ihm selbst der erforderliche Unterhalt gewährt wurde.

B. Ein zweites Beispiel ist dieses. Der Notherbe steht in der väterlichen Gewalt eines Mannes, von dem nachtheilige Verfügungen über die Erbschaft zu befürchten sind: hier kommt es darauf an, den Erwerb der Erbschaft für den Gewalthaber zu hindern; zu dem Ende ist die Einsetzung an die Bedingung der Emancipation zu knüpfen. In solcher Weise hatte nach l. 25 C. h. t. 3. 28 eine Mutter ihre Kinder zu Erben ernannt, der Vater war dann mittelst der dem bedingt Eingesetzten angebotenen bon. poss. secundum tabulas in den Besitz des Erbtheils gelangt; in der Folge aber wurde es streitig, welche Wirkungen sich an die bonor. possessio knüpften, und ob der Vater Namens der Kinder gegen die außer diesen im Testament gerufenen Erben die Querel anstellen könnte. Bezüglich dieser Fragen rescribiren Diocletian und Maximian: die bonor. possessio sei unwirksam [6]), auch fehle jeder Grund zu einer Namens der Kinder zu erhebenden Querel,

---

[6]) Mit Rücksicht darauf eben würde der Schluß des Rescripts, falls er ächt wäre, sagen: „(et ideo?) restituere debet" sc. pater. Allein die Aechtheit dieser Worte, die in den Basiliken (39. 1. 50) nicht erwähnt sind, muß mit Francke S. 427 bestritten werden: auch die Ausgabe von Krüger will sie streichen. Läßt man sie unangetastet, so muß gesagt werden, an wen das Vermögen herausgegeben werden soll. Da an eine Namens der Kinder zu erhebende Querel gedacht wurde, so mußte zur Zeit des Rescripts das Gewaltverhältniß noch bestehen, und darum kann nur Herausgabe an die Testamentserben gemeint sein. — Ausführlich über die Stelle Mühlenbruch S. 414—421 (derselbe nimmt mit Unrecht Zwang gegen den Vater an, zur Emancipation und Herausgabe der Erbschaft an die Kinder); vergl. auch K. Schmidt S. 372.

— quibus nullam injuriam fecerit mater, sed potius putaverit providendum. —

Auch hier ist die Beziehung auf die gegenwärtig zu untersuchende Art der Enterbung unverkennbar. Auf sie deuten die abgedruckten Worte hin, indem diese die Fürsorge der Mutter für die Kinder, damit das Nichtvorhandensein einer Kränkung betonen [7]). Und in Uebereinstimmung damit heißt es im Eingang: „Filiis matrem — ita posse consulere“ cet. Dazu kommen gewichtige sachliche Gründe. Wie bei der obigen l. 16 § 2 D. de cur. fur. 27. 10 durch unzureichende Zuwendung, so ist hier der Pflichttheilsberechtigte durch unstatthafte Beschwerung mittelst casueller Bedingung verletzt. Trotzdem soll die Querel nicht stattfinden, — offenbar nur darum, weil eine Ausschließung in wohlmeinender Absicht gegeben ist. Wenn Francke (S. 427 f.) das Vorhandensein einer Verletzung leugnet, da die Erbschaft den Kindern auf die Zeit zugewendet sei, wo sie dieselbe erwerben können, so trägt er dem Wesen der Querel nicht Rechnung. Ob eine Kränkung der Pflichttheilsberechtigten anzunehmen ist, entscheidet sich spätestens nach dem Zeitpunkt, wo die Querel entsteht, also nach dem Antritt des Testamentserben. So lassen l. 8 pr. l. 22 pr. § 1 D. h. t. 5, 2 die Klage ohne Rücksicht auf die väterliche Gewalt sogleich für das Hauskind entstehen. Eben diesen Standpunkt theilt nach den oben mitgetheilten Worten die l. 25 C. cit., sie spricht die Querel einzig deshalb ab, weil die bei der Erblasserin vorhanden gewesene Willensbestimmung dem Gedanken einer injuria entgegentrat.

Bestätigt wird der Zusammenhang der l. 25 C. cit. mit der exheredatio bona mente durch einen verwandten Ausspruch des Pomponius in l. 16 D. de B. P. co. tab. 37. 4 [8]).

Si emancipatus filius nepoti in potestate avi relicto ab extraneo herede fideicommissam hereditatem, si liberatus avi potestate

---

[7]) Vergl. Bas. 39. 1. 50 schol. 3 in f.

[8]) Dieselbe Form der Fürsorge für die Descendenten, wie sie in l. 25 C. cit. vorliegt, begegnet im Schlußsatz der unter A. behandelten l. 16 § 2 D. de cur. fur. 27. 10, nur daß es sich dabei nicht um Notherben des Erblassers handelt. Standen die Enkel in der Gewalt ihres verschwenderischen Vaters, so kam es für den Großvater darauf an, diesem jede Verfügung über die Erbschaft unmöglich zu machen. Zu dem Ende sollte Einsetzung der Enkel unter der Bedingung erfolgen, daß dieselben vom Vater emancipirt würden.

fuisset, reliquisset: *si suspectus avus sit quasi consumpturus bona nepotis*, non esse ei dandam bonorum possessionem.

Der Emancipirte hat sein in der Gewalt des Großvaters verbliebenes Kind präterirt, dem zum Erben eingesetzten Dritten aber die Herausgabe der Erbschaft an das Kind aufgegeben, sofern dieses von der Gewalt des Großvaters frei werde. An sich müßte hier Letzterem durch den Enkel die bon. poss. contra tabulas erworben sein: allein diese soll ihm nach Pomponius versagt werden, wenn von ihm die Verschwendung des Erbtheils zu befürchten ist [9]). Der Thatbestand der Stelle steht mit dem Grundgedanken der Enterbung in wohlmeinender Absicht in engster Berührung: die gleiche durch die Persönlichkeit des Gewalthabers begründete Gefahr führt hier wie im Fall der l. 25 C. cit. den Erblasser zu dem Entschlusse, die Zuwendung an das zu bedenkende Kind durch die Aufhebung des Gewaltverhältnisses zu bedingen. Daß in l. 16 cit. Präterition und nicht (Enterbung oder) bedingte Einsetzung vorausgesetzt ist, daß die Bedingung der Emancipation nicht einer Erbeseinsetzung, sondern einem Erbschaftsvermächtniß beigefügt ist, steht der Annahme engster Verwandtschaft nicht entgegen.

Widerspruch findet sich auch hier bei Francke (S. 430): er hält die Stelle für unerheblich, weil die bonor. possessio dem Großvater abgesprochen werde, daraus aber nicht zu ersehen sei, ob sie dem Notherben selbst versagt worden wäre. Allein hierauf ist kein Gewicht zu legen. Dem Gewalthaber kommen die Vortheile des Notherbenrechts zu gut oder nicht zu gut, je nachdem sie ihm durch den in seiner Gewalt stehenden Berechtigten erworben oder nicht erworben werden. Gerade so stand ja nach l. 25 C. cit. in Frage, ob dem Vater aus der Person des seiner Gewalt unterworfenen Notherben die Querel gebühre [10]). Demnach kommt auch nicht in Betracht, daß hier wie dort ein selbständiges Geltendmachen Seitens des Hauskindes auch für die Zukunft nicht

---

[9]) Man streitet darüber, ob die Entscheidung sich innerhalb des Rechts der bon. poss. contra tabulas als Ausnahme darstellt. Gewiß ist sie das, und zur Erklärung dessen, daß die bon. possessio versagt wird, dient der Umstand, daß es sich um eine bon. poss. decretalis handelt. Vergl. Ad. Schmidt, R. d. Notherben S. 82 f. Anm. 54, wo weitere Litteratur.

[10]) l. 25 C. cit.: — neque ei *nomine filiorum* inofficiosi eo modo actionem posse competere —.

denkbar ist: dies beruht lediglich darauf, daß die concrete Bedingung mit der Aufhebung der väterlichen Gewalt erfüllt ist.

Nach einer andern Seite hin wird die l. 16 cit. später benutzt werden: sie ist die einzige Stelle, welche es betont, daß die Verfügung des Erblassers auch objectiv dem wohlverstandenen Interesse des Notherben entsprechen mußte.

C. Der letzte Fall der Quellen ist die Ausschließung eines an sich zu Bevormundenden, — eines Wahnsinnigen oder Unmündigen. Von Beiden handelt Ulpian in l. 12 § 2 D. de bon. libert. 38. 2. Die Kinder des Patrons blieben von der bon. poss. contra tabulas gegen das Testament des väterlichen Freigelassenen ausgeschlossen, wenn sie im Testament des eigenen Vaters enterbt waren[11]). Diesem Satze spricht l. 12 § 2 cit. die Geltung für den Fall ab, wo die Enterbung *non mala mente sed alia ex causa* erfolgt war[12]). Beispiele solcher Ausschließung sollen sein, wenn der Notherbe wegen seines Wahnsinns, oder weil er unmündig war, enterbt, der eingesetzte Erbe aber zu seinen Gunsten mit einem Fideicommiß der Erbschaft beschwert würde. Damit stimmt völlig überein die Bemerkung desselben Juristen in l. 18 D. de lib. 28. 2:

> Multi non notae causa exheredant filios nec ut eis obsint, *sed ut eis consulant*, ut puta *impuberibus*, eisque fideicommissam hereditatem dant.

In beiden Stellen (und ebenso in l. 47 D. de bon. libert. 38 2 — Anm. 11) wird deutlich der Gegensatz einer Enterbung *notae causa* und einer solchen, welche *non mala mente* erfolgt, hervorgehoben. Auch begegnet in l. 18 cit. der Zweck, durch die Verfügung für den Notherben zu sorgen (consulere), ganz wie dieser Zweck in der unter A. und B. besprochenen l. 16 § 2 D. de cur. fur. 27. 10. l. 25. C. h. t. betont wurde. Aber liegt denn in l. 12 § 2 l. 18 citt. eine Verkürzung der materiellen Notherbenberechtigung vor? Das bestreitet Francke[13]): in l. 12 § 2 cit. soll

[11]) l. 10 § 1 — l. 13 D. de bon. libert. 38. 2. Schmidt, Pflichtth.-R. S. 46—48.

[12]) Dasselbe wird ausgesprochen in l. 47 D. eod. in Bezug auf eine Enterbung, quae *non notae gratia*, sed alio consilio adjecta est —.

[13]) S. 432—436. S. 424—427. Auch Windscheid glaubt nicht (III § 583 Anm. 9), daß die herrschende Lehre, wie sie es thut, sich auf die beiden Fragmente berufen dürfe.

lediglich ausgeſprochen ſein, daß nur der verdienter Weiſe zur Strafe Enterbte, nicht der aus jedem andern Grunde willkürlich Ausgeſchloſſene ſein Recht gegen die väterlichen Freigelaſſenen verloren habe; — ebenſo ſoll l. 18 cit. nur den Erfahrungsſatz enthalten, nicht jede Enterbung geſchehe zur Strafe, es liege ihr nicht immer eine bösliche, ſondern auch wohl eine gute Abſicht zu Grunde. Indeſſen wird doch in beiden Stellen gleichmäßig von Ulpian hervorgehoben, daß mit der Enterbung ein Erbſchaftsvermächtniß an den Notherben verbunden werde: hat nun Francke ſelbſt den Sinn dieſer Bemerkung bei der Erörterung der l. 18 cit. klar ausgeſprochen, ſo hätte er ihn doch bei der völlig übereinſtimmenden l. 12 § 2 cit. nicht unbeachtet laſſen ſollen. Offenbar hat man bei den Stellen an Erbſchaftsvermächtniſſe zu denken, die dem Vermächtnißnehmer *erſt längere Zeit nach dem Tode des Erblaſſers gewährt werden ſollten*, — dem Unmündigen etwa bei eingetretener Mündigkeit, dem Geiſteskranken nach der Geneſung. Eine ſolche auf einen Unmündigen bezügliche Verfügung der Mutter beſpricht Papinian in l. 3 § 3 D. de usur. 22. 1; er faßt hiebei das Motiv der Erblaſſerin in die Worte:

quod lubrico tutelae fideicommissi remedium mater praetulerat [14]).

Es kann ſich demnach nur fragen, ob zu Ulpian's Zeit die Hinterlaſſung des Pflichttheils *unter aufſchiebender Bedingung oder Befriſtung* zur Querel Veranlaſſung gab. Für die *bedingte* Zuwendung ergibt ſich die Bejahung aus der obigen Erörterung über l. 25 C. h. t. (unter B), — bezüglich der *Befriſtung* muß entgegen der abweichenden Anſicht von *Francke* (S. 426) das Gleiche behauptet werden [15]). Dafür ſpricht zunächſt l. 32 C. h. t. Juſtinian

---

[14]) Derſelbe Zweck des angeordneten Erbſchaftsvermächtniſſes — die Verhütung von Gefahren, welche der Erblaſſer aus beſonderen Gründen von der Anordnung einer vormundſchaftlichen Verwaltung beſorgen zu müſſen glaubte — wird angedeutet in l. 46 D. ad SC. Trebell. 36. 1. Vergl. im Ganzen *Mühlenbruch* S. 398—408. S. 424—431. *K. Schmidt* S. 362—366. S. 373. — Die von Schmidt noch hieher gezogene l. 33 pr. D. de vulg. 28. 6 iſt für unſre Lehre ohne Bedeutung; nach dem ganzen Zuſammenhange der Stelle hat African nicht die Abſicht gehabt zu prüfen, ob die Mutter mit der bedingten Einſetzung des Sohnes („cum erit annorum quatuordecim") dem materiellen Notherbenrecht genüge. Vergl. zu l. 33 cit. *Duaren.* in Dig. 28. 6. c. 14. (op. p. 388).

[15]) Für unſre Anſicht *K. Schmidt* S. 374 Anm. 53. Neben den im Text

beruft sich darauf, er habe für den Fall einer quantitativ unzulänglichen Zuwendung des Pflichttheils dessen Ergänzung vorgeschrieben, *ne occasione minoris quantitatis testamentum rescindatur*; daran schließt er jetzt die fernere Anordnung, falls der Anspruch durch Bedingung, Zeitbestimmung oder sonstige Beschwerung verkürzt sei, so sollen diese Beschränkungen beseitigt werden. Sollen hier die soeben mitgetheilten, auf die Querel hindeutenden Worte des Gesetzes nicht völlig müßig sein, so muß angenommen werden, daß die Klage bis auf Justinian auch bei einer Beschwerung des Pflichttheils, namentlich bei Beschränkung der Hinterlassung durch aufschiebende Befristung, in's Leben trat. Zur Bestätigung dient das Recht der bon. poss. contra tabulas des Patrons. Hier bietet sich für unsre Annahme aus der classischen Zeit Eine Stelle, welche einen zuverlässigen Beweis vom Gegentheil begründet: die l. 21 § 1 D. de jure patron. 37. 14 schließt die bon. poss. contra tabulas aus, wenn der Patron auf $^1/_{12}$ des Nachlasses eingesetzt ist, das am Pflichttheil Fehlende aber per servum judicio liberti sine condicione *et dilatione* ei, hereditate vel legato sive fideicommisso, quaeri potest. Auch hier hat dann später Justinian völlig in Uebereinstimmung mit der vorhin erwähnten l. 32 C. h. t. angeordnet, daß Bedingung wie Befristung gestrichen werden solle[16]).

Lag hiernach in der Zuweisung unter aufschiebender Bedingung wie Befristung nach den regelmäßigen Grundsätzen des Pflichttheilsrechts eine unzulässige Verkürzung des Notherben, so ist es wieder nur die Natur der in l. 12 § 2 l. 18 citt. behandelten Verfügungen als Enterbungen in wohlmeinender Absicht, um deren willen Ulpian das ausgesetzte Erbschaftsvermächtniß genügen läßt[17]).

---

besprochenen Beweisstellen benutzt K. Schmidt noch die l. 6. C. h. t.; diese sagt jedoch nur, daß für die Berechnung des Pflichttheils die Zeit des Todes des Erblassers maßgebend ist.

[16]) l. 4 § 17 C. de bon. libert. 6. 4. Vergl. Ad. Schmidt, Pflichtth.-R. S. 75 f. S. 82.

[17]) Direct bestätigt wird unsre Ansicht durch Bas. 38. 10. 16 schol. 2, wo beide Stellen als Zeugnisse für die exheredatio bona mente angerufen und mit der unter A. besprochenen l. 16 § 2 D. de cur. fur. 27. 10 in Verbindung gebracht werden.

Blicken wir jetzt auf das unter A — C dargelegte Quellenmaterial zurück. Sowohl der Sprachgebrauch der Quellen, wie die von den römiſchen Juriſten entwickelten Rechtsgrundſätze gewähren einen unzweideutigen Beweis dafür, daß das römiſche Recht in der exheredatio bona mente mit Rückſicht auf die vom Erblaſſer bei ſeiner Verfügung verfolgte eigenthümliche — die wohlmeinende — Abſicht ein ſelbſtändiges Rechtsinſtitut ausgebildet hat, das ſich in ſeiner regelmäßigen Geſtalt als beſondere Arterſcheinung der Enterbung darſtellt. Wegen des Sprachgebrauchs iſt auf die vorſtehenden Einzelbemerkungen zu verweiſen; ſachlich hebe ich hervor, daß die vom Erblaſſer zum Beſten des Notherben oder ſeiner Deſcendenz zu treffenden Verfügungen jedesmal der eigenthümlichen Natur des die Ausſchließung rechtfertigenden Grundes angepaßt ſind. So wird der Verſchwender enterbt und auf Alimente beſchränkt, während die Erbſchaft an ſeine Kinder kommt, — die Unzuverläſſigkeit des Gewalthabers des Notherben führt zur Bedenkung des Letzteren unter der Bedingung ſeiner Befreiung von jener Gewalt, — bei mangelnder oder beſchränkter Handlungsfähigkeit des Notherben (Wahnſinn, Unmündigkeit) wird ein Dritter als Erbe gerufen, doch ſoll der Notherbe nach Wegfall des Ausſchließungsgrundes das Vermögen als Erbſchaftsvermächtniß erhalten. Daß der Umfang des Inſtituts nicht durch die erwähnten Vorkommniſſe der Quellen erſchöpft iſt, ſcheint gewiß: dieſe Vorgänge ſtellen ſich deutlich als Beiſpiele dar. Wegen anderer in der einheimiſchen Theorie und Praxis vorkommender, zum Theil zu unzweifelhafter Anerkennung gelangter Fälle verweiſe ich auf K. Schmidt S. 391—393 unter 5—9 verbunden mit S. 383. Hervorzuheben ſind die Ausſchließung des überſchuldeten Notherben, wo die Zuwendung nur den Gläubigern zum Vortheil gereichen würde, — die Ausſchließung einer Frau, welche an einen Verſchwender verheirathet iſt [18]).

Die neuere Geſetzgebung iſt einer derartigen ausgedehnten Verwendung des Inſtituts nicht günſtig; mehrfach hat man daſſelbe auf die Sorge für den verſchwenderiſchen wie den überſchuldeten Notherben beſchränkt [19]).

---

[18]) Vergl. auch Mühlenbruch S. 446—450. S. 453.

[19]) Vergl. K. Schmidt S. 393 ff. insbeſ. § 12 unter 1 und 4. S. 397. 399; § 13 S. 401 verglichen mit S. 403.

Mit einigen Worten berühre ich noch einen allgemeinen Einwurf, den Francke gegen die Annahme einer eigenthümlichen exheredatio bona mente erhoben hat. Francke meint, das Institut sei jedenfalls beseitigt durch neuere Gesetze Justinian's. Soweit die betrachteten Aussprüche der Quellen von einer Enterbung des Notherben reden [20]), wird entgegengehalten, daß die Nov. 115 für jede Ausschließung eines Notherben die Berufung auf einen der im Gesetz geordneten Ausschließungsgründe fordert, daß es aber an einem solchen Grunde in den uns überlieferten Fällen der Enterbung in wohlmeinender Absicht fehlt. — Wo ferner der Notherbe nur bedingt oder unter Befristung bedacht wird [21]), werden die auf unser Institut bezüglichen Aussprüche als beseitigt behandelt mit Rücksicht auf l. 32 C. h. t. — Wo endlich der testirende Ascendent ein Anderer ist als der Gewalthaber des Kindes, wird unter Berufung auf Nov. 117 Kap. I betont, daß kein Erblasser dem Gewalthaber den Nießbrauch am Pflichttheil des Gewaltunterworfenen durch letztwillige Verfügung schmälern könne [22]).

Gewiß kann keinem dieser Bedenken Recht gegeben werden. Ueber das Verhältniß unserer Enterbungsart zu l. 32 C. cit. und Nov. 115 ist hier soviel zu bemerken [23]). Die Enterbung in wohlmeinender Absicht war bis auf jene neuen Gesetze Ausnahmsfall gegenüber dem damaligen regelmäßigen Recht der Enterbung. Darum ist sie von diesen Gesetzen nicht berührt; dieselben ändern nur die Regel. Bei der Nov. 117 Kap. I ist es zunächst bestritten, ob sie für den Vater den Nießbrauch am Pflichttheil sicherstellen will [24]). Aber auch wenn man dies bejaht, und meines Erachtens läßt sich die Bejahung nicht ablehnen, so gilt doch der Satz nur so weit, als dem Notherben selbst der Pflichttheil zukommt: wo das Recht es zuläßt, daß dem Notherben der Pflichttheil entzogen wird, muß es nothwendig auch gestatten, daß der Gewalthaber in Folge davon den Nießbrauch verliert.

II. Ich komme zu den Bedingungen der Enterbung in wohlmeinender Absicht. Hier ist ein in der Person des Ausschließenden

[20]) So in den Fällen unter A. und C. (Francke S. 439. 426. 429 a. E.).

[21]) So die Fälle unter B. und C. (Vergl. Francke S. 429. 426).

[22]) So der Fall unter B. (Francke S. 429. 431).

[23]) Bei der Darstellung des Rechts der Nov. 115 ist auf die Frage zurückzukommen.

[24]) Darüber Mühlenbruch S. 410—412 in Anm. 11.

liegendes subjectives und ein diesem entsprechendes objectives Moment zu unterscheiden.

Erforderlich ist zunächst die Absicht des Erblassers, mit der Ausschließung das Beste des Notherben wahrzunehmen, damit die Abwesenheit der Absicht, ihm eine Kränkung zuzufügen. Auf die Beweise ist bei der Besprechung des Quellenmaterials unter I aufmerksam gemacht. Zu erwähnen ist nur noch die dem Erblasser in l. 16 § 2 D. h. t. empfohlene Cautel, die causa necessitasque judici sei im letzten Willen zu bezeichnen.

Die Ausschließung muß aber auch in Wirklichkeit dem wohlverstandenen Interesse des Pflichttheilsberechtigten entsprechen[25]). Danach muß vor Allem der Grund, welcher den Erblasser zur Schmälerung des Pflichttheils bestimmte, in Wahrheit beruhen und erheblich sein. In diesem Sinne wird die Entscheidung des Pomponius in l. 16 D. de B. P. co. tab. 37. 4, wonach dem Großvater die contra tabulas versagt wird, wenn sein emancipirter Sohn dem in der großväterlichen Gewalt verbliebenen Enkel ein Erbschaftsvermächtniß unter der Bedingung der Emancipation zugewendet hat, durch die Worte bedingt:

— si *suspectus* avus *sit* quasi consumpturus bona. (Vergl. oben I. B. S. 359 f.).

Hiernach muß ich die Auffassung für zu einseitig halten, welche das Wesen des Instituts lediglich auf das zuvor erwähnte subjective Moment stellt[26]). Sollte es auch im einzelnen Fall feststehen, daß der Erblasser das Beste des Notherben bei dessen Verkürzung im Pflichttheil im Auge hatte, so kann dies doch die Pflichttheilsklagen nicht abwenden, wenn es in Wahrheit an einem rechtfertigenden Grunde fehlt, wenn z. B. der Erblasser irrthümlich den Notherben für einen Verschwender, den Gewalthaber des Notherben für eine wirthschaftlich unzuverlässige Person hielt.

Nur eine Folge aus dem soeben Entwickelten ist der weitere Satz, daß auch die Art, wie der Erblasser über den Pflichttheil verfügt, dem wahren Interesse des Notherben entsprechen muß. Als Regel ist demnach das Verlangen aufzustellen, daß der Erbtheil dem Notherben wenigstens mittelbar (z. B. durch Erbschaftsvermächtniß), — bei

[25]) Mit Recht wird auf dieses Moment Gewicht gelegt von K. Schmidt S. 362 a. E. S. 365 z. A. S. 369 a. E. S. 375. S. 380 f.

[26]) So Ad. Schmidt, Recht der Notherben S. 168.

Geisteskrankheit wenigstens auf den Fall der Genesung, zu gut komme[27]). Eine Ausnahme begegnet nur in l. 16 § 2 D. de curat. fur. 27. 10: der verschwenderische Notherbe wird auf Alimente beschränkt, ohne daß ihm die Aussicht bliebe, den Erbtheil selbst durch Rückkehr zu einem vernünftigen wirthschaftlichen Verhalten an sich zu bringen. Eine solche Verfügung ist jedoch nur in dem von der Stelle vorausgesetzten Falle gutzuheißen, wo der Notherbe Kinder hat und der Erbtheil diesen Kindern gesichert bleibt. — Zu fragen ist dabei, nach welchem Zeitpunkt man es zu beurtheilen hat, ob die Verfügung dem wahren Interesse des Notherben entspricht. Wie die l. 16 § 2 cit. zeigt, ist die Zeit des Todes des Erblassers maßgebend[28]).

Die Regelung der Beweislast rücksichtlich des Vorhandenseins der entwickelten Bedingungen kann vom Standpunkt der von uns im § 42 vertretenen Ansicht nicht zweifelhaft sein. Hat der Testamentserbe schon dann das Dasein eines Ausschließungsgrundes zu beweisen, wenn es sich um die Frage unverdienter Ausschließung des Notherben handelt, so muß ihn die Beweislast noch weit mehr treffen, wo dem Erblasser der durch die Verhältnisse gerechtfertigte und sachgemäß vollzogene Wille zugeschrieben wird, für das Beste des Notherben zu sorgen. Uebrigens gelangt zu diesem Ergebniß auch die Ansicht, welche bei der exheredatio notae causa in erster Linie die Beweislast dem Pflichttheilsberechtigten zuschiebt. Denn dort gründet man die Beweispflicht darauf, daß der Notherbe die ihm widerfahrene Kränkung als eine unverdiente darstellt: diese Klagthatsache aber hat für die Enterbung in wohlmeinender Absicht keine Bedeutung[29]).

III. Anwendbar erscheint die hier erörterte Art der Ausschließung, die in den Quellen nur in Bezug auf Descendenten erwähnt wird, bei allen Pflichttheilsberechtigten. Mit Recht wird ihr auch gegenüber der statutarischen Portion des überlebenden Ehegatten Geltung beigelegt. Denn nach den Ausführungen im Eingang dieses Paragraphen hat das Institut eine natürliche, durch die Bedürfnisse des täglichen Lebens dargebotene Grundlage[30]).

---

[27]) Vergl. die Bemerkungen bei Mühlenbruch S. 426. 430. 461 f. K. Schmidt S. 380 f. unter 2.

[28]) Vergl. Mühlenbruch S. 450. K. Schmidt S. 381.

[29]) Vergl. Mühlenbruch S. 463 a. E. K. Schmidt S. 386 f.

[30]) Vergl. Mühlenbruch S. 464. K. Schmidt S. 384 f. unter 2.

IV. Zur Form der Ausschließung in wohlmeinender Absicht, als einer Entziehung des auf die gesetzliche Erbberechtigung gegründeten Pflichttheils, gehört Anordnung im Testament[31]). Nicht zu fordern aber ist, daß die wohlmeinende Absicht im Testament einen bestimmten Ausdruck finde, daß insbesondere der Grund der Verfügung angegeben werde. Wenn Tryphonin in l. 16 § 2 D. de cur. fur. 27. 10 auf die Angabe dieses Grundes Gewicht legt, so kann es begreiflich nicht im Sinne der römischen Jurisprudenz gelegen haben, ein Formerforderniß für die vorliegende Art der Enterbung zu schaffen: jenes Anführen wird räthlich gefunden, weil es dem Testamentserben den ihm nach Num. II a. E. abzufordernden Beweis erleichtert[32]). — Daß die Nov. 115 hieran etwas geändert hätte, vermag ich nicht zuzugeben[33]); vielmehr ist der Novelle jeder Einfluß auf die Enterbung in wohlmeinender Absicht abzusprechen, — es müßte denn eine mittelbare Einwirkung sein, von der Art der in Anm. 31 besprochenen.

Dritter Theil: Folgen einer Verletzung der Pflichttheilsberechtigung.

§ 44.

I. Rechtshülfe bei unzulänglicher Zuwendung auf den Pflichttheil *).

Schon früher wurde bemerkt, daß im classischen Recht das Anwendungsgebiet der Querel weiter war, als es sich im Justinianischen Recht darstellt. Im älteren Recht bildete die Klage das einzige

[31]) Vergl. § 2 J. de codic. 2. 25. l. 2 C. de codic. 6. 36. — K. Schmidt S. 377 f. führt aus, da nach Nov. 115 beim Vorhandensein eines gesetzmäßigen Ausschließungsgrundes stillschweigende Enterbung zulässig sei, so müsse eine solche auch bei der Enterbung in wohlmeinender Absicht genügen. Hier läßt sich in der That nur sagen: erkennt man an, daß die Novelle die im alten Recht für die sui wie für die liberi geltenden Formen der Enterbung beseitigt hat, so ist dieser Satz durchweg festzuhalten, die Enterbung in wohlmeinender Absicht kann dann keine Ausnahme begründen.

[32]) Uebereinstimmend Ad. Schmidt, Notherbenrecht S. 168 Anm. 47 a. E. K. Schmidt S. 382 f. unter 3. A. M. Mühlenbruch S. 462 f. (Bei beiden Letzteren weitere Litteratur über diese Frage).

[33]) Vergl. Mühlenbruch S. 394 f. (wo zugleich Angaben über abweichende Ansichten). K. Schmidt S. 377.

*) Francke S. 245—247. Mühlenbruch 35 S. 323—328. Arndts II S. 613—615. Windscheid III § 582.

Rechtsmittel des Pflichttheilsberechtigten, sie fand auch statt, wenn dem Notherben zwar etwas, aber nicht der volle Pflichttheil zugewendet, oder wenn die an sich ausreichende Zuwendung durch Bedingung, Befristung oder gemachte Auflage beschränkt war[1]). Justinian hat in einer Reihe Verordnungen die Fälle der Querel entzogen, in welchen dem Notherben Etwas, nur nicht das volle Maß dessen, was er fordern kann, zugewendet ist; er hat hier auf anderem Wege Hülfe gewährt. Der ausgesprochene Zweck seiner Gesetze ist, das Testament vor der von der Querel ausgehenden Vernichtung zu bewahren, dabei aber doch den Anspruch auf den Pflichttheil nicht zu verkümmern. Während also in den Fällen der §§ 42, 43 die vorhandene Verletzung des Pflichttheils das Testament darum nicht berührt, weil sie sich als gerechtfertigt darstellt, vermag sie in den jetzt zu betrachtenden Anwendungen, wenngleich ungerechtfertigt, einen ausreichenden Grund zur Umstoßung des letzten Willens nicht abzugeben.

I. Den ersten Schritt in dieser Rechtsentwicklung, zugleich die von den folgenden Gesetzen fort und fort angerufene Grundlage, bildet die l. 30 pr. C. h. t. In der vorhin bezeichneten Absicht, dem Testament seine Wirksamkeit möglichst zu erhalten, wird die Querel dem Notherben versagt, welchem zwar etwas, aber weniger zugewendet ist, als der Pflichttheil; dagegen wird ihm ein Anspruch auf Ergänzung des Pflichttheils zugestanden, auch wo der Erblasser die Ergänzung nicht angeordnet hat[2]). Von der diesem Anspruch dienenden Ergänzungsklage wird besser in Anlehnung an das Recht der Querel gehandelt: ich bespreche dieselbe im § 58.

II. Mit Hinweis auf die l. 30 C. cit. verfügt l. 32 C. eod. Folgendes: beschränkt das Testament den Pflichttheilsanspruch durch eine Bedingung, Befristung oder sonst durch eine Verfügung, welche die Befriedigung verzögert, eine Auflage oder eine andere Beschwerung begründet, so gilt die Anordnung als nicht vorhanden.

Hier zunächst von den Bedingungen und Befristungen. Justinian hat in l. 36 § 1 C. eod. den Fall besonders geregelt, wo

[1]) l. 6. l. 8 § 1 C. h. t. 3. 28. nov. Theodos. II tit. 22 num. I § 6. (Haen. p. 85.) Vergl. auch § 43 unter I. C. (S. 361 f.).

[2]) Weiter erwähnt ist der Anspruch in l. 31. l. 32. l. 34 v. fin. l. 35 § 2. l. 36 pr. § 1 C. eod. 3. 28. l. 4 pr. in f. C. de lib. praet. 6. 28. § 3 J. de inoff. 2. 18. § 3 J. de success. libert. 3. 7. nov. 115 c. 5 pr.

ein Dritter (extraneus) zum Erben eingesetzt ist mit der Auflage, die Erbschaft zu einer späteren Zeit dem Notherben herauszugeben. Hier ist der Pflichttheil sofort zu restituiren, für den Rest des Vermögens bleibt es bei der letztwilligen Anordnung. Ohne Frage gilt Letzteres auch rücksichtlich jeder sonstigen Schmälerung der Pflichttheilsberechtigung durch Bedingung oder Befristung, wie solche in l. 32 C. cit. in's Auge gefaßt ist: zu demjenigen Betrage der Zuwendung, welcher über den Pflichttheil hinausreicht, muß jene Beschränkung — darauf deutet auch die l. 36 § 1 C. cit. hin — vom Notherben hingenommen werden.

Mit wenigen Worten reihe ich einige andere Grundsätze über bedingte Zuwendungen auf den Pflichttheil an. Die Bestimmung der l. 32 C. cit. bleibt außer Anwendung, wenn der Notherbe als Substitut zur Erbschaft gerufen ist, ferner bei gewissen bedingten Forderungen, die dem Notherben zur Anrechnung auf den Pflichttheil zugewendet sind. Von diesen Fällen ist im § 39 unter II, § 41 unter I die Rede gewesen. — War der Patron vom Freigelassenen unter einer Bedingung zum Erben eingesetzt, und schwebte die Bedingung noch zur Zeit des Antritts der Testamentserben, so konnte der Patron zur bon. poss. contra tabulas greifen[3]). Justinian hat auch hier geändert: zu Gunsten des patronatischen Pflichttheils werden Bedingung wie Befristung gestrichen[4]).

Bei den besprochenen Bestimmungen der l. 32 C. cit. über die der Zuwendung an den Pflichttheilsberechtigten hinzugefügte Bedingung entsteht die Frage, wie sich dieselben zu den Grundsätzen des formellen Notherbenrechts über die bei der Erbeseinsetzung des Notherben angeordneten Bedingungen verhalten[5]). Da wir später bei der Darstellung des Rechts der Nov. 115 eine ähnliche Frage zu beantworten haben, so wird auch die Erledigung des vorliegenden Punktes dorthin verwiesen.

Ich gehe zu den den Pflichttheil beschränkenden Beschwerungen über. In Folge der Anordnung der l. 32 C. cit. muß eine Auflage (Modus) wie ein Vermächtniß hinfällig werden, soweit dadurch

[3]) l. 3 § 11. 12. l. 43 D. de bon. libert. 38. 2.

[4]) l. 4 § 17 C. de bon. libert. 6. 4. Vergl. Schmidt, Pflichtth.-R. S. 82 Num. 2.

[5]) Vergl. darüber einstweilen Mühlenbruch 35 S. 330—333. Bangerow II § 469 Anm. unter B.

der Pflichttheil belaſtet wird. Auch hier regelt ein beſonderes Geſetz einen einzelnen Fall. Die Nov. 18 Kap. III beſtimmt: eine letztwillige Verfügung, durch welche ein Aſcendent ſeine Deſcendenten — und Gleiches iſt vom Verhältniß jedes Erblaſſers zu ſeinen Notherben zu ſagen — auf die bloße Proprietät des Vermögens beſchränkt, den Nießbrauch deſſelben einem Dritten zuwendet, ſoll zum Betrage des Pflichttheils ungültig ſein: Letzterer iſt von vornherein mit allen Nutzungen zu gewähren. Angeſichts der beſtimmten Vorſchrift des Geſetzes kann das den Pflichttheil beſchwerende Vermächtniß des Nießbrauchs, wie ein Erkenntniß des O.-A.-G. zu Celle vom 2. December 1858 ausſpricht[6]), auch dadurch nicht wirkſam gemacht werden, daß dem Nießbraucher die Alimentation und Erziehung des Notherben aufgelegt wird.

Nicht ſo einfach liegt nach den Quellen der Fall, wo dem zum Erben eingeſetzten Pflichttheilsberechtigten die Herausgabe der Erbſchaft an einen Dritten unter einer aufſchiebenden Bedingung oder Befriſtung aufgegeben wird. Von der Befriſtung handelt Ulp. l. 8 § 11 D. h. t.: danach ſoll der auf eine größere Quote eingeſetzte und wegen des ganzen Erbtheils mit einem Erbſchaftsvermächtniß beſchwerte Notherbe die Querel nicht haben, wenn ihm die bis zum feſtgeſetzten Zeitpunkt gewonnenen Nutzungen den Pflichttheil ſammt Früchten gewähren[7]). Der Juriſt beruft ſich auf das Recht der Falcidiſchen (Trebellianiſchen) Quart: da nun auf dieſe nicht allein beim befriſteten, ſondern auch beim bedingten Erbſchaftsvermächtniß die Früchte der Zwiſchenzeit angerechnet werden[8]), ſo hat man auch den Ausſpruch Ulpian's auf das dem Notherben auferlegte bedingte Erbſchaftsvermächtniß auszudehnen.

Aber hat die Entſcheidung der l. 8 § 11 cit. noch Geltung gegenüber den bisher unter I und II erörterten Anordnungen Juſtinian's?

---

[6]) Seuffert, Arch. 13. 107.

[7]) Die Darſtellung des Thatbeſtands in l. 8 § 11 cit. beginnt mit den Worten: „Unde si quis fuit institutus forte ex semisse, cum ei *sextans* ex substantia testatoris deberetur" —. Dabei hat ſchon die Gloſſe gefragt (glo. deberetur ad h. l.), wie ſich nach Pandektenrecht der Pflichttheil eines einzelnen Erben auf 1/6 des Vermögens berechnen konnte. Unter den Verſuchen, die Schwierigkeit zu beſeitigen (vergl. *Cujac.* rec. in Dig. V. 2 ad h. l. — VII. 185—187. *Schulting*, not. ad h. l. Mühlenbruch **35** S. 325 ff.), verdient der von Cujaz Beifall; man hat ſtatt „sextans" zu leſen „sescuncia".

[8]) l. 18 § 1 l. 22 § 2 l. 58 § 5 D. ad SC. Trebell. 36. 1.

Man iſt darüber einig, daß dies zu verneinen, daß der Notherbe den Pflichttheil aus dem Capitalbetrage der herauszugebenden Erbſchaft zu fordern berechtigt iſt: über die Begründung aber gehen die Meinungen auseinander. Bald beruft man ſich auf l. 32 C. h. t.[9]), bald auf l. 36 pr. C. eod.[10]); Arndts[11]) verweiſt nur auf l. 6 C. ad SC. Trebell. 6. 49. Nun kann letztere Stelle auf keinen Fall genügen. Allerdings beſtimmt hier Zeno in Anwendung auf das einem eingeſetzten Kinde des Erblaſſers auf den Fall ſeines kinderloſen Abſterbens zu Gunſten der Geſchwiſter, oder allgemein auf den Fall ſeines Todes zu Gunſten der Enkel des Erblaſſers auferlegte Erbſchaftsvermächtniß, daß die Quart (und damit der Pflichttheil) ſelbſt zuwider einer entgegengeſetzten Anordnung des Erblaſſers aus der Subſtanz des Vermögens zurückbehalten werden ſoll: allein die Entſcheidung wird im § 2 des Geſetzes beſtimmt auf dieſen beſonderen Fall beſchränkt. — Auch die Art, wie Mühlenbruch (Anm. 10 cit.) den obigen Satz aus l. 36 pr. C. cit. zu gewinnen ſucht, will nicht befriedigen. Vom Inhalt dieſes Geſetzes iſt ſchon im § 39 unter II (S. 314 ff.) ausführlich gehandelt, es werden daher hier wenige Bemerkungen genügen. Nach den Aeußerungen im Eingang des Geſetzes will Juſtinian neben der Frage, ob die zur Gewährung des Pflichttheils gemachte Zuwendung der Falcidiſchen Quart unterliegt, den Fall regeln, wo der dem Notherben durch Schenkung oder Vermächtniß gewährte Gegenſtand ganz oder zum Theil entwehrt wird. Allerdings ſcheint er die hierauf bezügliche Vorſchrift, es ſolle dem Notherben eine andere Sache oder der Werth der entzogenen geleiſtet oder das Entzogene ergänzt werden, über jenen zunächſt genannten Fall hinaus zu erſtrecken, wenn er die allgemeine Aeußerung anhängt,

> ut sive ab initio minus fuerit derelictum, sive extrinsecus qualiscunque causa interveniens aliquod gravamen imponat vel in quantitate vel in tempore, hoc modis omnibus repleri et nostrum juvamen purum filiis inferri.

---

[9]) So Francke S. 246. Freilich fügt derſelbe hinzu, der Pflichttheil müſſe ohne Verzögerung *ex ipsa substantia defuncti* angewieſen ſein. Eine ſolche Wendung aber findet ſich nicht in l. 32 C. cit., wohl dagegen in l. 36 pr. C. eod.

[10]) So Mühlenbruch S. 324 f. S. 329. Ihm iſt Windſcheid III § 582 Anm. 2 beizuſtimmen geneigt.

[11]) Civil. Schriften II S. 614 Anm. 239.

Allein diese Worte sind zu unbestimmt gehalten, um die Feststellung der einzelnen mittelst derselben dem Notherben gesicherten Zuwendungen zu gestatten; vielmehr bleibt man wegen dieser Zuwendungen auf die erwähnten voraufgehenden Bemerkungen verwiesen. Zudem könnte die uns beschäftigende Erbeseinsetzung des Notherben mit auferlegtem Fideicommiß nur dem „sive ab initio minus fuerit derelictum" untergeordnet werden, einer so weiten Auslegung dieser Worte aber stellt sich der Umstand entgegen, daß der Kaiser den umgekehrten Fall, wo ein Dritter eingesetzt und mit einem Fideicommiß an den Notherben beschwert ist, im § 1 desselben Gesetzes besonders entscheidet, also nicht unter der Anordnung des Principium begriffen denkt. — Weiter könnte man versuchen — und den Weg betritt Mühlenbruch — auf unsern Fall der Beschwerung durch Erbschaftsvermächtniß die andere Aeußerung der l. 36 pr. C. cit. anzuwenden:

repletionem autem fieri (sc. sancimus) *ex ipsa substantia* patris, non si quid ex aliis causis filius lucratus est —.

Indessen ist dies ohne Frage nach dem ganzen Zusammenhange nur eine Bestimmung über die Modalität der dem Notherben zu Theil werdenden Hülfe; die Fälle selbst, in denen diese eintritt, sind aus dem Voraufgehenden zu bestimmen. Ueberdies darf bei der Ergänzung „ex ipsa substantia" nicht an den Gegensatz der Früchte der ursprünglichen Zuwendung gedacht werden, vielmehr zeigen die von Justinian genannten Beispiele der Substitution und der Anwachsung, daß solche Vermögensvortheile ausgeschlossen werden sollen, welche in erster Linie einem Dritten zugedacht waren. (Vergl. oben S. 316). Auch kann der Gewinn aus den Nutzungen nicht wohl durch „jure adventicio lucrari" bezeichnet werden, und doch bedient sich Justinian dieses Ausdrucks, um den Gegensatz der Ergänzung „ex ipsa substantia" anzugeben.

Besser wird man an die l. 32 C. h. t. 3. 28 anzuknüpfen haben, — eine Verfügung, von der die Vorschriften in l. 36 § 1 C. eod. und nov. 18 c. 3 genau betrachtet lediglich Anwendungen sind. Das Gesetz lautet allgemein genug, um die Grundlage für die Entscheidung unsrer Frage bilden zu können. Justinian erklärt es für unwirksam,

si condicionibus quibusdam vel dilationibus *aut aliqua dispositione moram vel modum vel aliud gravamen introducente* eorum

jura, qui ad memoratam actionem (sc. de inofficioso testamento) vocabantur, minuta esse videantur —.

Unzweifelhaft aber iſt es ein gravamen, eine *Beeinträchtigung* des Pflichttheilsanſpruchs, wenn dem Notherben zunächſt ein Theil des Vermögens vorübergehend in die Hand gegeben, für die Zukunft aber eine andre Befriedigung in Ausſicht geſtellt wird. Hier fehlt es einſtweilen an einem Vermögensſtück, das die Unterlage von Veräußerungen oder dauernden wirthſchaftlichen Verfügungen abgeben könnte. Und wo der Zeitpunkt der dem Notherben aufgelegten Herausgabe des Vermögens ein ungewiſſer iſt, wie in der Regel bei der aufſchiebenden Bedingung, hat der Erblaſſer eine Ungewißheit darüber beſtehen laſſen, ob in der Zwiſchenzeit der Pflichttheil ſammt Früchten aus den Nutzungen wird aufgeſammelt werden können, ob alſo nicht doch noch in Zukunft die Ergänzungsklage ſich nöthig machen wird. Eine derartige Zuwendung genügt der Vorſchrift der l. 32 C. cit. offenbar nicht, da dort Ausweiſung des Pflichttheils ohne Aufſchub und Verzug geboten wird.

Hiernach iſt dem Notherben gegenüber der in Frage ſtehenden Beſchwerung nach der l. 32 C. cit. das Recht zu gewähren, den dem Pflichttheil entſprechenden Bruchtheil an der Subſtanz des Vermögens zu kürzen. In der That hat alſo die neuere Entwicklung des Pflichttheilsrechts der vorhin beſprochenen Anordnung in l. 6 C. ad SC. Trebell. 6. 49 ihre ſinguläre Natur genommen.

Zu erwähnen iſt in dieſem Zuſammenhange das Reſcript in l. 12 C. h. t. 3. 28. Alexander verſagt den Vormündern eines Kindes die Querel in folgendem Falle: der Mündel iſt (auf $^1/_3$ des Vermögens) neben ſeinem Bruder und ſeiner Mutter zum Erben ernannt, ein Erbſchaftsvermächtniß aber iſt zu Gunſten der Miterben angeordnet *bezüglich des Erbtheils eines jeden Kindes*, falls dieſes vor erreichter Volljährigkeit ſtirbt, — bezüglich des Erbtheils der Wittwe allgemein auf den Fall ihres Ablebens. Der Kaiſer ſieht hiernach in dem auf den Erbtheil des Kindes gelegten Fideicommiſſe keinen Anlaß zur Querel: gegründet aber wird die abweiſende Beſcheidung darauf, daß der Mündel vermöge der zu ſeinen Gunſten der Mutter und dem Bruder zur Laſt gelegten Erbſchaftsvermächtniſſe deren Erbtheile erwerben könne [12]). Vom neueren Recht

[12]) An dieſer Begründung halten feſt Bas. 39. 1. 24 und schol. 1 ib., in unſrer Zeit *Puchta*, Vorleſ. II § 489. — Unbefriedigend iſt auch die von

aus, insbesondere nach der Ansicht, die wir soeben auf die l. 32 C. h. t. gründeten, darf in l. 12 C. cit. nur der Ausspruch gefunden werden, daß eine Querel in dem vom Rescript entschiedenen Falle nicht gestattet wird. Dagegen ist das zu Lasten des Kindes angeordnete Erbschaftsvermächtniß auf Höhe des Pflichttheils als ungültig zu behandeln. Die ungewisse Aussicht auf den Erwerb weiterer Erbtheile thut dem Anspruche auf sofortige Ausweisung des unbeschwerten Pflichttheils in keiner Weise Genüge[13]).

Mit einigen Worten berühre ich auch bei dieser Lehre das patronatische Pflichttheilsrecht: dasselbe hat hier dem Pflichttheilsrecht der Verwandten den Weg gewiesen. Schon im klassischen Recht begegnet in zahlreichen Aeußerungen der Satz, daß der Patron die ihm zur Gewährung des Pflichttheils gemachte letztwillige Zuwendung annehmen kann, ohne daß daraus bis zur Höhe des Pflichttheils[14]) die Verbindlichkeit für ihn erwüchse, die Vermächtnisse zu erfüllen[15]). Zwar sind diese nicht als schlechthin ungültig zu betrachten[16]), aber

---

Schulting, not. ad l. 8 § 11 D. h. t. unternommene Rechtfertigung des Rescripts aus der Erwägung, daß das einzelne Kind vor eingetretener Bedingung des ihm auferlegten Erbschaftsvermächtnisses den Pflichttheil aus den Früchten seines Erbtheils gewinnen könne. Das einzelne Kind kann doch zu beliebiger Zeit während der Minderjährigkeit sterben. — Einen neuen Weg schlägt Rudorff ein (in Bekker's Jahrb. V S. 268): er gründet auf l. 12 C. cit. den Satz, ein wechselseitiges Fideicommiß an den Ueberlebenden enthalte vor entschiedener Bedingung keine Pflichttheilsverletzung, wohl aber liege nach deren Entscheidung für den zuerst Versterbenden eine Beschwerung vor. Dem widerstrebt jedenfalls l. 32 C. cit.: hier wird deutlich Alles auf die Frage gestellt, ob beim Tode des Erblassers der Pflichttheil sich als beschwert erweist, und das trifft bei fideicommissarischer Belastung darum nicht minder zu, weil gleichzeitig die Hoffnung auf einen Erwerb eröffnet ist.

[13]) So Glück VII S. 77 ff. Mühlenbruch S. 327 f. Arndts S. 614 Anm. 239.

[14]) Anders bei dem Betrage, welcher den Pflichttheil übersteigt: arg. l. 44 D. de bon. libert. 38. 2.

[15]) Einzelvermächtnisse: l. 45 D. de bon. libert. 38. 2. l. 28 D. de legat. II° (31). l. 1 § 14 D. si cui plus 35. 3. Erbschaftsvermächtniß: l. 27 § 13. l. 60 D. ad SC. Trebell. 36. 1. l. 50 § 4 D. de bon. libert. 38. 2. Schmidt S. 77—79.

[16]) Beweis dafür die Ausdrucksweise in l. 45 cit.: — *nec* hic ex debita portione *praestandum*. l. 28 cit.: — fideicommissum — *praestare non cogitur*. Vergl. auch l. 20 pr. D. de donat. 39. 5: — *non erit cogendus* solvere —. Stärker ist der aus der Behandlung des Erbschaftsvermächtnisses zu entnel-

jedenfalls ſchützte der Prätor den Patron durch die Mittel der Jurisdiction. — Es iſt möglich, daß es eine Zeit gegeben hat, wo der Patron bei Beſchwerung des hinterlaſſenen Pflichttheils mit Vermächtniſſen die bon. poss. contra tabulas erhielt: zu leugnen aber iſt, daß die l. 6 § 8 D. si quis omissa 29. 4 eine Spur eines ſolchen Rechts enthielte[17]). Der auf den Pflichttheil eingeſetzte, mit Vermächtniſſen beſchwerte Patron ſchlägt nach der Stelle aus, erwirbt dann aber als geſetzlicher Erbe das ganze Vermögen, nachdem auch der andere im Teſtament ernannte Erbe ausgeſchlagen hat. Hat er mit dieſem colludirt, ſo muß er von dem Theil, welcher dem Miterben zugedacht war, die Vermächtniſſe entrichten; rückſichtlich des ſeinem Pflichttheil entſprechenden Bruchtheils dagegen trifft ihn eine ſolche Verpflichtung nicht. Das beweiſt nicht, daß dem Patron in Rückſicht auf die Vermächtnißlaſt die bon. poss. contra tabulas zugeſtanden hätte. Vielmehr liegt folgende Gedankenverbindung vor. Berufen ſich die Vermächtnißnehmer auf das Edict si quis omissa causa cet., ſo kann ihnen der Patron entgegnen, daß er ihnen (nach dem in den Pandekten bezeugten Recht) auch als teſtamentariſcher Erbe nicht gerecht zu werden brauchte, daß er ſie alſo nicht verkürzt habe, indem er ausſchlug und nun ab intestato erwarb. — Ausgenommen ſind nach Pandektenrecht von der obigen Regel der Unverbindlichkeit der Vermächtniſſe die den Kindern des Freigelaſſenen ausgeſetzten Vermächtniſſe: die Kinder gingen ja den Patron auch im Fall ihrer Erbeseinſetzung vor[18]).

Nach Juſtinian's Vorſchrift hat der Patron vom Pflichttheil ſelbſt den Kindern des Freigelaſſenen Vermächtniſſe nicht zu entrichten;

---

mende Beweis: weigert ſich der Patron anzutreten, ſo ſteht dem Erbſchaftsvermächtnißnehmer das Zwangsrecht zu: l. 27 § 13. l. 50 § 4 citt. (Nach den Stellen darf der Patron noch nach erfolgtem Zwange den Pflichttheil behalten. Schmidt [Pflichtth.-R. S. 79 Anm. 130] iſt geneigt, von dieſem Satze auch bei der Pflichttheilsberechtigung der Verwandten Gebrauch zu machen; allein derſelbe dürfte vielmehr eine Singularität darſtellen, die ſich aus der den Rechten des Patrons in vorzüglichem Maße zu Theil werdenden Begünſtigung erklärt. Vergl. l. 20 pr. D. de donat. 39. 5).

[17]) Dies ſucht Schmidt auszuführen (S. 77 f. Anm. 128). — Die dort noch erwähnte l. 21 § 1 D. de jure patron. 37. 14 iſt für die Beſchwerung mit Vermächtniſſen ohne Bedeutung.

[18]) l. 1 § 2 D. si quid in fraud. 38. 5. l. 64 § 3 D. ad SC. Treb. 36. 1. — Ueber die ſchwierige l. 52 pr. D. ad l. Falc. 35. 2 Schmidt a. a. O. S. 80 in der Anmerkung.

vom zugewendeten Mehrbetrage trägt er die Vermächtnisse. Richtig erscheinen die ausfallenden Vermächtnisse auch jetzt nicht, da die Miterben tragen sollen, was der Patron nicht leistet[19]). — Bezüglich der nach der obigen Darstellung des gemeinen Pflichttheilsrechts vorzugsweise interessirenden Frage, ob der Notherbe beim auferlegten befristeten oder bedingten Erbschaftsvermächtniß sich auf die Früchte des Erbtheils anweisen lassen muß, ist aus den Aeußerungen über die bon. poss. contra tabulas des Patrons nicht zu entnehmen.

III. Demselben Gedanken, welcher in den bisher besprochenen Vorschriften der l. 30. l. 32 C. h. t. zum Ausdruck gekommen ist, entspricht die Verordnung Justinian's in l. 36 pr. C. h. t. Wird dem Notherben eine Sache entwehrt, die ihm vom Erblasser zur Befriedigung wegen des Pflichttheils zugewendet war, so ist lediglich deren Werth oder eine andere Sache von gleichem Werth aus Mitteln der Erbschaft zu gewähren. Auch in solchen Fällen kommt es demnach nicht zur Querel. — Die Frage, ob in jener Bestimmung etwas Neues liegt im Vergleich zu den früheren Grundsätzen über Entwehrung bei Vermächtnissen und bei Schenkungen, ist im § 41 unter II untersucht (S. 343 ff.).

IV. Den bisher besprochenen Vorschriften Justinian's schließt sich eine andere Verordnung des Kaisers wenigstens insofern an, als dieselbe an eine zur Zuwendung des Pflichttheils getroffene Verfügung anknüpft und deren Erfüllung sicherzustellen sucht. Indessen fehlt bei ihr jede Berührung mit der Querel.

Wenn ein vom Erblasser mit mehr als dem Pflichttheil bedachter Descendent einem andern auf den Pflichttheil beschränkten Descendenten die Ausantwortung des Pflichttheils verweigert und es auf erhobene Klage zur Verurtheilung kommen läßt, so soll der Gegenstand seiner Verbindlichkeit um ein Drittel erhöht werden[20]). Die Geltung dieser Bestimmung wird mit Rücksicht darauf, daß es sich um eine Klage auf Strafe handelt, in Zweifel gezogen von Francke[21]),

---

[19]) § 3 J. de success. libert. 3. 7. l. 4 § 16. 18 C. de bon. libert. 6. 4. (Die Freilassungen muß der Patron nach l. 4 § 16 C. cit. sich gefallen lassen).

[20]) l. 33 pr. C. h. t. Vergl. über die Stelle Marezoll, Zeitschr. f. Civ.-R. und Proc. III S. 362—369. Dem Gedanken, daß das Gesetz mit der Ergänzungsklage in Verbindung zu bringen wäre, treten entgegen Francke S. 339 f. Mühlenbruch 36 S. 27—29.

[21]) A. a. O. S. 340.

beſtimmt verneint im Erkenntniß des O.-A.-G. zu Wiesbaden vom 24. Auguſt 1849[22]). Die Entſcheidung hängt an der Beantwortung der bekannten Streitfrage über die heutige Geltung der römiſchen Privatſtrafen, insbeſondere der einem Strafzweck dienenden Prozeßnachtheile[23]).

§ 45.

Anhang: Die Socini'ſche Cautel*).

Gegenüber dem Satze, daß die durch letztwillige Verfügung auf den Pflichttheil gelegten Beſchwerden als nicht vorhanden anzuſehen ſind, bietet ſich dem Erblaſſer in einer ſeit dem Mittelalter gebräuchlichen Cautel ein Weg, den Notherben mittelbar zur Uebernahme einer Beſchwerde zu vermögen: es iſt die Socini'ſche Cautel, ſo benannt nach einem italiäniſchen Juriſten Socinus[1]), der freilich nicht ihr Erfinder, nur einer ihrer älteſten Vertheidiger iſt. Die Bedeutung der Cautel iſt: der Erblaſſer macht dem Pflichttheilsberechtigten eine über den Betrag des Pflichttheils hinausreichende Zuwendung, belegt dann aber die ganze Zuwendung mit einer Beſchwerung unter dem Hinzufügen, daß bei der Ablehnung der Letzteren dem Bedachten nur der Pflichttheil zukommen ſoll. Darin liegt, wenn nicht ſchon nach den im einzelnen Fall gebrauchten Ausdrücken ſo doch der Sache nach, eine unbedingte Zuwendung des Pflichttheils. Denn nur die zu dieſem hinzukommende Hinterlaſſung iſt an die Bedingung geknüpft, daß der Notherbe ſich auch rückſichtlich des Pflichttheils die Beſchwerung gefallen laſſe. Eben hieraus ergibt ſich die Zuläſſigkeit der Cautel: es iſt nichts Unerlaubtes, dem Notherben durch Bedingung einer Gabe, die er nicht fordern konnte, die freiwillige Uebernahme einer Laſt auf den an ſich unentziehbaren Pflichttheil anzuſinnen. Auch beſteht heutzutage über die Erlaubtheit keine Meinungsverſchiedenheit[2]). — Die Cautel kann nicht allein im Teſtament aus-

[22]) Seuffert, Arch. 14. 245.

[23]) Vergl. Windſcheid II § 263 Anm. 15. § 326, beſonders Anm. 15.

*) Glück VII S. 86—92. Francke S. 247—250. Arndts II S. 615—617 Num. 13.

[1]) Marianus Socinus der Jüngere aus Siena († 1556). Vergl. die Bemerkungen bei Glück VII S. 86 ff. Francke S. 249.

[2]) Beweis dafür außer den Lehrbüchern die in den Anmerkungen dieſes Paragraphen angeführten oberſtrichterlichen Beſcheide, welche die Gültigkeit der Cautel ohne Weiteres annehmen. Nur das in Anm. 8 genannte Urtheil von Celle bezieht ſich nicht auf die Cautel.

gesprochen werden, sondern auch in einem Codicill; nur wo sie (bedingte) Zurücknahme einer Erbeseinsetzung ist, darf sie selbst nach der Ansicht, welche eine solche gültig im Testament geschehen läßt (vergl. darüber § 9 a. E. S. 62), nicht in einen Codicill verwiesen werden. — Immer muß eine auf die Cautel gerichtete Willenserklärung vorliegen.

Die mit der Cautel in Verbindung zu setzende beschwerende Verfügung darf weder für sich noch in Verbindung mit der Cautel der Willenserklärung einen unerlaubten Inhalt verleihen. Ist jene Verfügung an sich nichtig, so bleibt die Cautel, wie sich an einem unter 1. zu erörternden Beispiel ergeben wird, wenigstens dann unwirksam, wenn diese dem Notherben ein blos negatives Verhalten gegenüber der durch die Verfügung selbst herbeizuführenden Erbfolge ansinnt.

Hervorzuheben sind folgende Anwendungen der Cautel:

1. Der Erblasser kann durch dieselbe die Zuwendung des Nießbrauchs des ganzen Vermögens an einen dritten Vermächtnißnehmer sichern. Ist auch ein solches Vermächtniß zu Lasten des Pflichttheils unwirksam (Nov. 18 Kap. III), so darf doch dem Notherben auf dem der Cautel eigenthümlichen Wege der Verzicht auf diesen Vortheil zugemuthet werden[3]). Wie aber, wenn der Erblasser zugleich dem Nießbraucher die diesem an sich obliegende Sicherheitsleistung erläßt oder dem Notherben den Erlaß der Caution auflegt? Betrachten wir hier zunächst den letztwillig ausgesprochenen Erlaß der Caution. Bekanntlich erklärt ein Rescript von Alexander einen solchen Erlaß für schlechthin unstatthaft[4]); indessen streitet man in der Theorie über die heutige Geltung dieser Bestimmung. Die eine Ansicht spricht ihr mit Rücksicht darauf, daß sie zu Vorschriften der lex Julia und Papia, der lex Julia vicesimaria und des Falcidi'schen Gesetzes in Beziehung gestanden habe, schon für das

[3]) Von der Erlaubtheit dieser Anwendung der Cautel gehen stillschweigend aus die Erkenntnisse: a. des O.-A.-G. zu Jena vom 9. April 1840 (Seuffert 4. 206), b. des O.-A.-G. zu Celle vom 5. October 1864 (Seuffert 19. 174), c. des O.-G. zu Wolfenbüttel vom 8. Januar 1869 (Seuffert 23. 281), d. des O.-A.-G. zu Lübeck vom 26. November 1870 (Seuffert 25. 144).

[4]) l. 7 C. ut in poss. legat. 6. 54: — ut autem viri boni arbitratu is, cui ususfructus relictus est, utatur fruatur, minime satisdationem testamento remitti posse.

Juſtinianiſche Recht die praktiſche Bedeutung ab[5]). Im Weſentlichen auf dem gleichen Boden ſteht Windſcheid[6]), wenn er bemerkt, teſtamentariſch könne die Bürgſchaftsſtellung nur inſofern vom Eigenthümer erlaſſen werden, als derſelbe dadurch ſeine Verfügungsbefugniß nicht überſchreite: denn Vermächtniß zu Nießbrauch ohne Sicherſtellung ſei im Ergebniß leicht Vermächtniß des geſammten Vermögenswerths. Eine andre Anſicht trägt Bedenken, der im Codex vorliegenden klaren Verordnung um hiſtoriſcher Beziehungen der angegebenen Art willen die Geltung zu verſagen[7]): auch wir beharren bei dieſer von der heutigen Praxis mit Entſchiedenheit feſtgehaltenen Auffaſſung[8]).

Es läßt ſich jetzt ſagen, welche Bedeutung einem durch teſtamentariſche Verfügung ausgeſprochenen Erlaß der Sicherheitsleiſtung dann zukommt, wenn derſelbe durch die Socini'ſche Cautel verſtärkt iſt. Die l. 7 C. cit. beſchränkt den Erblaſſer zu Gunſten der mit der Proprietät bedachten Perſonen in der Verfügungsbefugniß, der teſtamentariſche Erlaß der Sicherheitsleiſtung iſt danach nichtig. Ein ſolcher von vorn herein nichtiger Act aber kann durch das bloße, wenn gleich mit der Socini'ſchen Cautel verbundene Verbot der Anfechtung nicht gekräftigt werden. Das Verbot muthet dem Erwerber der Proprietät lediglich ein negatives Verhalten zu: nicht er ſoll den Anſpruch auf Sicherheitsleiſtung fallen laſſen, der Erblaſſer iſt es, welcher den Nießbraucher von der Sicherheitsleiſtung zu befreien unternimmt. Die Zumuthung aber, einen an ſich nichtigen Act nicht anzufechten, iſt rechtlich ohne Bedeutung.

Anders iſt es, wenn der Erblaſſer dem, welchem die Proprietät

---

[5]) So Böcking, Inſtit. § 165 Anm. 44. Arndts, Pand. § 180 Anm. 3. — Uebrigens iſt die angegebene geſchichtliche Ableitung (Hugo, Rechtsgeſch. Abth. II S. 921 f.) kaum mehr als eine Vermuthung.

[6]) Pand. I § 204 Anm. 9. — Windſcheid hat wohl bei der im Text wiedergegebenen Aeußerung vorzugsweiſe die Gefährdung der Pflichttheilsberechtigung durch den Erlaß der Sicherſtellung im Auge.

[7]) So Sintenis I § 59 bei Anm. 39. Brinz I § 193 Anm. 11 (Aufl. II).

[8]) Dafür die ſämmtlichen Erkenntniſſe der Anm. 3. Ebenſo Erk. d. O.-A.-G. Celle vom 25. April 1854 (Seuffert 9. 137). Mit Recht wird es hier als ein Widerſpruch bezeichnet, daß der Erblaſſer, während er nur den Nießbrauch vermacht, eine Verfügung trifft, die das dem Erben vorbehaltene Recht unſicher machen würde. Vergl. auch Sintenis a. a. O.

zufällt, die Auflage ertheilt, den Erlaß durch Rechtsgeschäft mit dem Nießbraucher zu erklären. Diese Auflage bildet eine zulängliche Unterlage für die Cautel.

Uebrigens ist man bezüglich der hier besprochenen, namentlich in der neuesten Praxis mehrfach verhandelten Frage durchaus nicht einig. Unsre Ansicht dürfte mit der des O.-A.-G. zu Jena (Anm. 3 unter a.) zusammentreffen[9]). — Dem letzten Willen günstiger ist das O.-A.-G. Celle (Anm. 3 unter b.). In dem von diesem Gericht entschiedenen Falle hatte der Erblasser die mit dem lebenslänglichen Nießbrauch des Vermögens bedachte Wittwe von der Sicherheitsleistung entbunden, dasjenige seiner Kinder aber, welches mit der Verfügung nicht zufrieden sein sollte, auf den Pflichttheil beschränkt. Offenbar lag hier lediglich testamentarischer Erlaß der Sicherheitsleistung vor. Trotzdem behandelt das Gericht mit Rücksicht auf die angehängte Socini'sche Cautel die Erbeseinsetzung der Kinder zu dem den Pflichttheil überschreitenden Theile als an die Bedingung geknüpft, daß sie der Mutter die Sicherheitsleistung wegen des Nießbrauchs erlassen. Damit hat man, wie mir scheint, das dem Notherben in der Cautel angesonnene rein negative Verhalten ohne Grund in die Auflage zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts umgewandelt, folgeweise die gegen den testamentarischen Erlaß gerichtete Bestimmung der l. 7 C. cit. illusorisch gemacht. — Gleiche Grundsätze wie in dem Erkenntniß von Celle werden in den Gründen eines Erkenntnisses des O.-G. zu Wolfenbüttel ausgesprochen (Anm. 3 unter c.): übrigens ist die Entscheidung des concreten Falls, wie er dem Gericht vorlag, nicht zu beanstanden. Denn der Erblasser hatte dem Proprietar die Bedingung gestellt, den der Nießbraucherin zugedachten Erlaß der Sicherheitsleistung nicht zu entkräften, sondern genehm zu halten und zu bestätigen, er hatte also in der That gefordert, daß der Erlaß soweit nöthig durch Rechtsgeschäft unter Lebenden wiederholt würde. — Umgekehrt wird die Vorschrift der l. 7 C. cit. mit voller Strenge vom O.-A.-G. zu Lübeck gehandhabt (Anm. 3 unter 3): das Gericht erachtet die Vor-

[9]) Leider ist die Mittheilung der Gründe des erwähnten Erkenntnisses eine sehr knappe. Aber das Urtheil erklärt an erster Stelle, gegenüber dem durch die Cautel verwahrten letztwilligen Erlaß sei das Verlangen der usufructuarischen Sicherheitsleistung Seitens der Vormundschaftsbehörde deshalb gerechtfertigt, weil der Erlaß nach römischem Recht unstatthaft sei.

schrift für einen Rechtssatz des öffentlichen Rechts und erklärt demgemäß die in der Cautel den eingesetzten Erben gestellte Bedingung, daß sie das testamentarische Verbot der Sicherheitsleistung wegen des Nießbrauchs nicht anfechten würden, für hinfällig, die Erbeseinsetzung für eine unbedingte. — Wie mir scheint, wird durch den oben von mir an die Spitze gestellten, von der Spruchfällung durchaus nicht in verdienter Weise betonten Unterschied eines unmittelbar vom Erblasser ausgehenden und eines dem Proprietar vom Erblasser zur Pflicht gemachten Erblasses der Sicherheitsleistung ein fester Anhalt für die Entscheidung der vom Leben dargebotenen Fälle gewonnen.

2. Ohne Bedenken kann die dem Notherben gemachte Auflage der späteren Herausgabe des Erbtheils an einen Dritten unter den Schutz der Cautel gestellt werden[10]).

3. Streitig ist die Wirksamkeit der Cautel, wo diese das mit der Zuwendung einer bestimmten Sache oder Summe verknüpfte, an den Notherben gerichtete Verbot sichern soll, die Vorlegung eines Inventars zu fordern. Die anscheinend herrschende Meinung[11]) sieht in einem solchen Verbot eine Kränkung der Pflichttheilsberechtigung, weil auf diesem Wege dem Berechtigten das Urtheil darüber unmöglich gemacht werde, ob er den Pflichttheil ungeschmälert erhalte. Allein das ist ein Scheingrund: nur über den Umfang derjenigen Zuwendung, die dem Notherben für den Fall in Aussicht gestellt wird, wo er die vom Erblasser gewollte Beschwerde des Pflichttheils (den Verzicht auf die Befugniß, Aufschluß über den Vermögensbestand zu fordern) sich gefallen läßt, kann eine mit Gefahr verbundene Ungewißheit bestehen. Der Pflichttheil ist hier wie sonst unbedingt vermacht, und es steht beim Notherben, an diesem festzuhalten, was er in der That thut, wenn er ein Inventar begehrt. Die Cautel trifft daher auch in diesem Falle auf kein Bedenken[12]).

---

[10]) Vergl. Francke S. 248.

[11]) Glück VII S. 89. Francke S. 249. Sintenis III § 196 Anm. 18.

[12]) So Arndts II S. 616 f. Erk. des O.-A.-G. Lübeck vom 15. Januar 1842 (Seuffert XI. 165).

II. Die querella inofficiosi testamenti.

§ 46.

A. Begriff und Wesen der Querel *).

I. Die Inofficiositătsquerel, bis auf Justinian das einzige Rechtsmittel zum Schutz der Pflichttheilsberechtigung gegen Verletzung durch letzten Willen, soll dem Notherben Genugthuung verschaffen gegenüber der ihm durch die ungerechtfertigte Ausschließung von der Erbschaft zugefügten Kränkung; das Mittel dazu bildet die Durchsetzung des gesetzlichen Erbanspruchs gegenüber dem Testament, das in entsprechendem Umfange durch richterliches Urtheil außer Kraft gesetzt wird. Formell begründet das römische Recht diese Erbfolge gegen den an sich gültigen letzten Willen durch den Vorwand, als habe der Erblasser bei der Zurücksetzung des Pflichttheilsberechtigten in unzurechnungsfähigem Zustande gehandelt (color insaniae).

Hiernach ist nächste Voraussetzung des Anspruchs, daß der Notherbe durch den letzten Willen von der Erbfolge ausgeschlossen ist, ohne daß dafür ein rechtfertigender Grund bestände. Ausführlich ist von dieser Ausschließung, insbesondere von den zu deren Rechtfertigung geeigneten Gründen und der Frage ihres Beweises in den §§ 42 und 43 gehandelt. Die Ausschließung und damit die dem Erben zugefügte Kränkung muß vollendet sein: eben darum wird der Erwerb der Erbschaft durch den Testamentserben verlangt[1]).

Jene Thatsache der Kränkung wird in den Quellen mehrfach betont[2]), auch ist schon von andrer Seite hervorgehoben, daß dieselbe auf die Ausbildung der materiellen Rechtsgrundsätze der Querel in

---

*) Glück VII S. 356—363. Francke S. 250—270. Mühlenbruch 35 S. 335 ff., insbesondere S. 344—361. Arndts II S. 577—580. Vangerow II § 478. Hartmann, die querella inofficiosi testamenti (Basel 1864). Windscheid III § 584. Bekker, die Actionen des römischen Priv.-Rechts I S. 272—276.

[1]) Bei Francke S. 255 f. Windscheid § 584 Anm. 12 wird nur das negative Moment betont, daß ohne die Antretung das Testament ohnehin hinfällig sein würde. Allein grade das verdient hervorgehoben zu werden, daß erst mit dem Erwerb der Erbschaft auf Grund des Testaments die Kränkung durch Ausschließung vollendet ist. Aehnlich wohl schon Schmidt, Pflichtth.-R. S. 87.

[2]) *Injuria:* l. 4. l. 8 pr. D. h. t. l. 25 C. eod. l. 4 pr. C. de lib. praet. 6. 28; *indignatio:* l. 22 pr. D. h. t. Vergl. auch l. 5 pr. D. h. t. („indigne") pr. J. h. t. 2. 18 („inique").

manchen Punkten Einfluß geübt hat[3]). Vor Allem hat ſie Antheil an dem Satze, daß der Anſpruch nur bei zuvoriger Präparation auf die Erben des Berechtigten übergeht, wenn auch regelmäßig in der Präparation zugleich eine auf den Erwerb der Erbſchaft gerichtete Handlung liegt[4]). Näher iſt dies in dem § 56 unter II. auszuführen.

An die Frage nach dem Uebergange auf die Erben lehnt ſich die andere nach dem Uebergange auf den Gewalthaber an. Ulpian beruft ſich mit Papinian auf die der Querel innewohnende Tendenz, dem Nötherben Genugthuung zu verſchaffen, indem er dem Vater das Recht abſpricht, wider den Willen des Sohnes in deſſen Namen die Querel (gegen das mütterliche Teſtament) zu erheben[5]). Wenn gleichzeitig bemerkt wird, ſelbſt nach erlangter bon. poss. litis ordinandae gratia (und damit erfolgter Präparation) erlöſche der Anſpruch mit dem Tode des Hausſohnes[6]), ſo iſt damit ausgeſprochen, daß die Querel um ihrer erwähnten Natur willen keinen Theil des Peculium bildet, alſo auch nicht nach jenem Todesfall dem Vater nach Peculienrecht verbleiben kann[7]). Dem entſprechend wird die Querel in l. 1 § 8 D. si quid in fraud. 38. 5 der actio injuriarum darin an die Seite geſtellt, daß ein Verzicht des Freigelaſſenen auf den Anſpruch die Fabianiſche Klage nicht begründen ſoll.

Der Satz, daß durch die Anerkennung des Teſtaments die Querel aufgegeben wird, begegnet zwar ähnlichen Grundſätzen im patronatiſchen Pflichttheilsrecht[8]) ſowie bei der bon. poss. contra tabulas der Deſcendenten[9]): allein ſicher hat an der weiten Ausdehnung, welche dem Begriff der Anerkennung bei ſeiner caſuiſtiſchen Durchbildung im Recht der Querel zu Theil geworden iſt, der Ge-

---

[3]) Hartmann S. 3. Windſcheid § 584 Anm. 11. Demelius, Unterſ. aus dem röm. Civ.-Recht I S. 33 ff.

[4]) Hartmann a. a. O. Windſcheid § 585 Anm. 8.

[5]) l. 8 pr. vergl. mit l. 22 pr. D. h. t. 5. 2.

[6]) l. 8 pr. cit.: — finitam esse inofficiosi querellam, quae non patri, sed nomine dabatur filii (quae non patris nomine dabatur, sed filii? Momms.).

[7]) Bas. 39. 1. 8 schol. 4. Vergl. Mühlenbruch 35 S. 472 f.

[8]) Vergl. einſtweilen Schmidt, Pflichtth.-R. S. 55. 56.

[9]) l. 10 § 3. l. 14 D. de B. P. co. tab. 37. 4. l. 5 § 2 D. de legat. praest. 37. 5.

sichtspunkt eines Nichtbeachtens der erlittenen Kränkung Theil, — ein Gesichtspunkt ähnlich dem der dissimulatio injuriae[10]).

Ob auf denselben Gedanken die fünfjährige Verjährung der Querel zurückgeführt werden kann, erscheint mir trotz der scharfsinnigen Begründung, welche Demelius der bejahenden Ansicht gegeben hat[11]), zweifelhaft. Diese Ansicht muß die Annahme zur Hülfe nehmen, daß die Verjährungsfrist ursprünglich eine zweijährige gewesen, erst nachträglich in eine fünfjährige umgewandelt sei. Allein für jene kürzere Frist liefert die Aeußerung bei Plin. ep. V. 1. nur geringen Beweis; die Aeußerung kann sehr wohl auf die Ersitzung bezogen werden[12]).

Noch weniger dürfte bei dem Institut der Enterbung in wohlmeinender Absicht eine Anknüpfung an die regelmäßig dem Pflichttheilsberechtigten in der Ausschließung widerfahrende Kränkung nahe liegen. Genügt doch hier nicht der negative Umstand, daß es an einer Kränkung fehlt, vor Allem das Nichtvorhandensein einer kränkenden Absicht[13]): vielmehr muß, damit es nicht zur Pflichttheilsklage komme, die Enterbung positiv dem wohlverstandenen Interesse des Notherben dienen.

Steht nach dem Bisherigen fest, daß das Merkmal der Kränkung des Notherben durch Ausschließung von der Erbfolge zur Begründung der Querel gehört, so erhebt sich die Frage, ob diese Kränkung vom Erblasser beabsichtigt sein muß. Zu sagen ist, daß nach den Quellen die Querel auch da stattfindet, wo der Erblasser den Notherben irrthümlich für nicht vorhanden hielt und darum überging (l. 27 § 4 D. h. t.). Indessen wird daneben der andere Gesichtspunkt der Anfechtung der Erbeseinsetzung wegen Irrthums betont. Näher soll von jener Verwendung der Querel im § 48 unter II gehandelt werden.

---

[10]) Vergl. Demelius a. a. O. S. 35. Windscheid III § 585 Anm. 3. l. 1 C. de in int. rest. min. 2. 22: — num inofficiosi querellae vel palam vel tacita *dissimulatione* sit renuntiatum — (Alex.).

[11]) A. a. O. S. 30—39. Zustimmend Windscheid III § 585 Anm. 5.

[12]) Vergl. Burchardi, röm. Recht Abth. IV S. 1129 bei Anm. 24 (II. Ausg.).

[13]) Allerdings wird diese Willensbestimmung hervorgehoben in Ulp. l. 18 D. de lib. 28. 2: Multi non *notae causa* exheredant filios nec *ut* eis obsint, sed *ut* eis consulant —; allein daß dies nicht ausreicht, wurde im § 43 unter II gezeigt.

II. Von jenem Moment der Kränkung aus lag es nahe, dem Notherben durch Aufhebung eben der Thatſache Genugthuung zu gewähren, durch welche er verletzt iſt. Nun beſteht jene Thatſache im Nichtbedenken bei der Verfügung über das Vermögen; demnach ergab ſich die Aufgabe, dem Notherben entgegen dem letzten Willen und unter Reſciſſion deſſelben die Theilnahme an der Erbfolge zu eröffnen[14]). In Wirklichkeit iſt jedoch die Bedeutung, welche das Durchſetzen der geſetzlichen Erbberechtigung für das Recht der Querel hat, noch eine andere. Daß der *color insaniae* ein durchaus künſtliches Moment in der Begründung der Klage iſt, ergibt ſich ohne Weiteres daraus, daß das Recht hier von einem Vorwand ſpricht, daß man anerkennt, in Wahrheit ſei an einen Wahnſinn des Erblaſſers nicht zu denken, da ja ſonſt der letzte Wille nichtig ſein würde[15]). Allein auch die Art, wie auf die Kränkung des Notherben der Nachdruck gelegt wird, entſpricht nicht, was ſeltener betont wird, der natürlichen Anſchauung. Macht man ſein Urtheil frei vom Einfluß der im römiſchen Recht vorliegenden poſitiven Bildung, ſo muß man zu der Erkenntniß gelangen, daß im Grunde das Hauptgewicht auf den vermögensrechtlichen Geſichtspunkt fällt. Das Vermögen des Sterbenden findet doch billiger und ſchicklicher Weiſe einen neuen Träger vor Allem an ſeiner Familie: ſind nun in dieſer ſo nahe Angehörige vorhanden, wie ſie uns in den Pflichttheilsberechtigten begegnen, ſo beſteht für das Recht ein genügender Anlaß, gegen deren liebloſe Nichtberückſichtigung bei der Vertheilung des Vermögens poſitiv zu reagiren. So iſt es in der That beim Pflichttheilsrecht des Patrons und des Parens Manumiſſor.

Damit entſteht die Aufgabe, für die beiden hier berührten künſtlichen Conſtructionsmittel im Recht der Querel die Erklärung aufzuſuchen. Eine ſolche dürfte ſich nun beim Herausſtellen des Moments der Kränkung leicht ergeben. Hier halte ich es für ausgemacht, daß die hohe Achtung der Römer vor dem letzten Willen des Abgeſchiedenen maßgebend geweſen iſt: ein Angriff auf das an ſich gültige Teſtament mußte ſich dem Gefühl weit eher erträglich machen, wenn man die dem Ueberlebenden gebührende perſönliche Genugthuung gegenüber einer ſchreienden Vernachläſſigung des Familienſinns an

[14]) So Brinz, Abth. II S. 838.

[15]) l. 2 D. h. t.

die Spitze ſtellte[16]). Und eben wenn die Rückſicht auf den letzten Willen den Grund für die Wahl eines ſolchen Klagfundaments bildete, erklärt es ſich vollkommen, daß man Letzteres im Sinne einer Milderung des Angriffs ausbeutete. Grade dieſes Merkmal iſt allen oben hervorgehobenen Erſcheinungen gemein: der Abhängigkeit der Vererbung von der Präparation, der ungünſtigen Stellung des Gewalthabers gegenüber dem in der Perſon des Hauskinds begründeten Anſpruche, der weiten Faſſung, die man dem Begriff des durch Anerkennung erklärten Verzichts gab. Daſſelbe würde auch zutreffen bei der kurzen Verjährungsfriſt, wenn man dieſe gemäß der oben beſprochenen Anſicht neuerer Schriftſteller hieher ziehen dürfte. — Auch daß man die Querel erſt mit der Antretung des Teſtamentserben in's Leben treten ließ, iſt nach der Bemerkung im Eingang (vergl. Anm. 1) auf dieſen Geſichtspunkt zurückzuführen. Sehr wohl möglich iſt es endlich, was Bekker geltend macht[17]), daß die Beſchränkung des Anſpruchs auf die Reſciſſion des Teſtaments („im Gegenſatz zum Erkennen ſchon vorhandener Nichtigkeit") zum Theil auf dieſem Beſtreben ruht, das Teſtament möglichſt zu erhalten; gewiß hat aber auf die Wahl dieſer Form der Ungültigkeit auch das Bedürfniß Einfluß geübt, die Frage der Aufhebung des letzten Willens im einzelnen Fall von einer ſorgfältigen richterlichen Prüfung des gegebenen Thatbeſtands abhängig zu machen.

Mehr Schwierigkeiten bietet die Erklärung des *color insaniae*[18]). Wenn man zu dieſem Ende auf die Achtung vor der Teſtirfreiheit Gewicht gelegt, alſo im Grunde eben das Moment hervorgezogen hat, welches wir vorhin beim Geſichtspunkt der Kränkung des Notherben betonten (Keller), ſo ſteht ſchon entgegen, daß unmöglich zwei völlig von einander unabhängige Wege eingeſchlagen ſein können, um dem nämlichen Bedürfniß gerecht zu werden. Auch iſt mit Hartmann zu behaupten, daß ein ſo augenſcheinlich formelles Hülfsmittel nicht wohl um einer andern als einer proceſſualiſchen Rückſicht willen zur Anwendung gebracht ſein kann. — Sehr anſprechend iſt der Ge-

---

[16]) Gaj. l. 4 D. h. t. Non est enim consentiendum parentibus, qui injuriam adversus liberos suos testamento inducunt —.

[17]) Actionen I S. 280 Anm. 17.

[18]) Die im Folgenden beſprochenen Aeußerungen neuerer Schriftſteller über dieſen Theil der Begründung der Querel finden ſich ſchon bei Hartmann S. 6 f. berückſichtigt.

danke von Brinz[19]), daß man der Inofficioſität den Anſtrich des Wahnſinns verlieh, um die dem Urtheil auf die Querel beigelegte außerordentliche Kraft, den Kläger mit Aufhebung des Teſtaments zum Erben zu machen, äußerlich zu rechtfertigen. Indeſſen mußte ja der Kläger ſchon bei der Klage, wie Brinz ſelbſt erwähnt und wie wir ſogleich beſprechen, die Erbſchaft für ſich in Anſpruch nehmen, alſo ſich ſchon vor dem Urtheil einen Erwerb zuſchreiben, der doch erſt durch dieſes ermöglicht werden ſollte. Eben damit gelangt man zu der nach unſerer Ueberzeugung richtigen Anſicht, daß man einer ſcheinbaren Grundlage für die Behauptung des Klägers bedurfte, die Erbſchaft ſtehe ihm zu, — mochte dieſe Behauptung als vindicatio hereditatis auftreten oder nur dem inofficiosum dicere zur Stütze dienen. Für dieſe Anſicht[20]) ſpricht, daß die Quellen ausſchließlich den Standpunkt der Partei, nicht des Richters betonen[21]). Und in die Augen fällt, daß doch auf dieſem Punkte ſchon für die Anträge des Klägers eine Stütze geſchaffen werden mußte. Denn nach den Grundſätzen des Erbrechts war der im Teſtament Eingeſetzte wirklicher Erbe, der Kläger konnte alſo nicht von ſich ausſagen, daß er in concreto zur Erbſchaft gerufen, geſchweige denn daß ihm die Erbſchaft erworben ſei. Solche Bedenken beſtanden nicht, wenn man das Teſtament mittelſt des vorgewendeten Wahnſinns als nicht vorhanden darſtellte.

Dieſer Standpunkt wurde dann einfach durch den Spruch des Richters auf Inofficioſität — demnächſt auf Herausgabe der Erbſchaft — adoptirt, man ließ als beſtehenden Rechtszuſtand erſcheinen, was in Wahrheit erſt vom Erkenntniß begründet werden ſollte. Verbarg ſich aber ſo hinter der gewählten Form eine wahre Aenderung des beſtehenden Rechtsverhältniſſes, ſo fand dieſe innerlich ihre Begründung in dem vom Gewohnheitsrecht getragenen Satze, daß mit dem Aus-

[19]) Pand. II S. 838 f.

[20]) Sie iſt ſchon angedeutet bei *Raph. Fulgosius* ad l. 1 C. de inoff. test. 3. 28, in neuerer Zeit bei Francke S. 255, — hier freilich in Verbindung mit der nicht von uns angenommenen Auffaſſung der Querel als einer qualificirten Erbſchaftsklage.

[21]) Marcian. l. 2 D. h. t. Hoc colore (de) inofficioso testamento *agitur*, quasi non sanae mentis fuerunt —. Marcell. l. 5 D. eod.: — resque illo colore *defenditur* apud judicem, ut videatur ille quasi non sanae mentis fuisse —. pr. J. eod. 2. 18: — liberi, qui *queruntur* — hoc colore, quasi non sanae mentis fuerunt —.

ſpruch auf testamentum inofficiosum die Aufhebung des letzten Willens erfolgte[22]). Die hier entwickelte Anſicht bildet einen Theil der Erklärung von Hartmann (S. 7 f.), doch erhält ſie bei Letzterem einen Zuſatz vom Standpunkt des Rechts der Legisactionen. Es wird betont, daß nach dieſem Recht die Bildung neuer Klagen auf den Weg der Geſetzgebung eingeſchränkt war, daß demnach beim Mangel eines Geſetzes der neue Rechtsſatz unter eine der hergebrachten legis actiones geſtellt werden mußte: als ſolche habe ſich nur die Formel der hereditatis petitio dargeboten. Und da dieſe die Erbſchaft als dem Kläger bereits zuſtehend dargeſtellt habe, ſo habe man an einen beſtehenden Satz des jus civile anknüpfen müſſen: dies ſei geſchehen, indem man den Erblaſſer einem furiosus gleich behandelt habe.

Hartmann's Erklärung beruht auf der Vorausſetzung, daß die Parteibehauptung des Klägers bei der Querel durchweg auf ein „hereditatem meam esse", nur mit einem die Liebloſigkeit des letzten Willens betonenden Zuſatze, geſtellt geweſen ſei[23]). Allein dem entgegen iſt mit vollem Recht von Bekker ausgeführt[24]), daß der Querel an ſich nur ein Streit über das „testamentum inofficiosum esse" entſprach. Zwar wird man anzunehmen haben (davon noch im § 49), daß die Inſtruktion vor dem Prätor regelmäßig gleichzeitig über das „hereditatem meam esse" erfolgte; allein beſtimmt wurden beide Behauptungen des Klägers äußerlich geſondert vorgetragen, und der Spruch des Richters befaßte ſich zunächſt nur mit dem „testamentum inofficiosum esse". Iſt dies begründet, ſo fällt grade für die der Querel eigenthümliche Rechtsbehauptung, das „ajo Lucii Titii testamentum inofficiosum esse" die Möglichkeit der Anlehnung an eine beſtehende legis actio weg: man wird nicht umhin können, bei dieſer die auf die Volksüberzeugung geſtützte Praxis des Centumviralgerichts als die einzige Quelle gelten zu laſſen. — Wenn wir ſagten, das Urtheil des Centumviralgerichts habe zunächſt nur die Frage der Inofficioſität betroffen, ſo hat ſelbſtverſtändlich eine gleiche Beſchränkung für die Verhandlungen vor dem Gerichtshofe nicht behauptet werden ſollen. Ohne Zweifel mußte der Kläger ſich auf ſeine Erb-

[22]) Hartmann a. a. O.

[23]) Sie würde nach den Andeutungen von Hartmann S. 7, beſ. Anm. 3, etwa ſo gelautet haben: ajo Lucii Titii testamentum inofficiosum erga me esse eamque ob rem ejus hereditatem ex jure Quiritium meam esse.

[24]) Actionen I S. 272—275.

berechtigung berufen: ſein Antrag auf Vernichtung des Teſtaments konnte nur begründet befunden werden, wenn dieſe ſeine Berechtigung als Grundlage des Pflichttheilsanſpruchs nachgewieſen und die Möglichkeit, ſolche ſchon jetzt geltend zu machen, mittelſt des color insaniae dargelegt war.

III. Wie im Eingang von II bemerkt wurde, erlangt der Notherbe gegenüber der durch die Ausſchließung von der Erbſchaft ihm widerfahrenen Kränkung dadurch Genugthuung, daß ſeiner geſetzlichen Erbberechtigung durch die Aufhebung des Teſtaments Raum verſchafft wird. Näher iſt das Verhältniß dieſer Erbberechtigung zur Querel ſchon im § 36 unter II bezeichnet (S. 265 ff.): ſie iſt *Theil des Rechtsgrundes* der Klage, weil ohne ſie keine Kränkung gegeben iſt, — ihre Durchſetzung aber iſt *Mittel zur Erreichung der Genugthuung*, welche äußerlich den Zweck der Klage darſtellt.

Verlangt wird an ſich *nächſte* geſetzliche Erbberechtigung; doch erleidet dies die Einſchränkung, daß entſprechend der bei der geſetzlichen Erbfolge beſtehenden Succeſſion unter den mehreren Berechtigten auch im Pflichttheilsrecht bei Wegfall des an erſter Stelle berufenen Notherben der zunächſt hinter dieſem ſtehende zur Querel gelangt. — Ferner will an ſich die Klage der geſetzlichen Erbberechtigung des Notherben *nur im Umfange ſeines geſetzlichen Erbtheils* Geltung verſchaffen; auch hier aber wird durch die Grundſätze über Anwachſung eine Aenderung begründet: unter gewiſſen Vorausſetzungen gehen auf den Pflichttheilsberechtigten auch auf dem Gebiet der mit der Querel herbeizuführenden Erbfolge die Erbtheile ausfallender Miterben über. Von der Succeſſion wie von der Anwachſung rede ich im § 53.

Mit Rückſicht auf die dargeſtellten Beziehungen der Querel zur geſetzlichen Erbberechtigung des Notherben wirft ſich die Frage auf, wie das *Verhältniß der Klage zu der* die Erlangung des geſetzlichen Erbtheils bezielenden *Erbſchaftsklage* zu denken iſt. Noch heute iſt die hierauf zu ertheilende Antwort, die für die Feſtſtellung des Weſens der Querel in erſter Linie entſcheidend iſt, eine ſehr ſtreitige: während die eine Meinung die Querel lediglich als eine qualificirte Erbſchaftsklage behandelt, wird die Klage von anderer Seite als ein durchaus ſelbſtändiger, einzig auf Vernichtung des Teſtaments gerichteter Anſpruch beſtimmt. Nur ſoviel erkennen die meiſten Vertreter der zweiten Anſicht an, daß die Querel ſich regelmäßig mit der Erbſchaftsklage verbindet. — Die zweite Anſicht iſt

nach meinem Urtheil im Recht; die Erörterung der Streitfrage wird im § 47 unternommen werden.

IV. Mit der soeben berührten Frage steht die andere nach der Person des mit der Querel zu belangenden Beklagten im Zusammenhange. An sich ist der Anspruch gegen den Testamentserben gerichtet, dieser ist in Wahrheit die allein zur Vertheidigung des letzten Willens berufene und geeignete Person[25]). Dem eingesetzten Erben aber steht gleich, wer rechtlich in der Eigenschaft eines Gesammtnachfolgers — sei es von ihm, sei es vom ersten Erblasser — an seine Stelle getreten ist. Als solcher begegnet in den Quellen der Erbschaftsvermächtnißnehmer[26]). Da dieser mit der Herausgabe des Vermögens wahrer Gesammtnachfolger des Erblassers wird, während von jetzt ab durch das Mittel von Exceptionen oder Versagung der Klagen die Verbindung des beschwerten Erben mit den zur Erbschaft gehörigen Ansprüchen wie Verbindlichkeiten gelöst wird, so muß auch die nach der Herausgabe der Erbschaft anhängig zu machende Querel sich gegen den Erbschaftsvermächtnißnehmer wenden. Anders ist es, wenn dieselbe schon vor der Herausgabe gegen den (in diesem Zeitraume allein zu belangenden) Fiduciar anhängig gemacht, das Urtheil aber erst nach der Herausgabe ergangen ist. Hier verliert Letztere die Kraft, der Erbschaftsvermächtnißnehmer hat dem Pflichttheilsberechtigten das Vermögen zu überlassen[27]). — Als Gesammtnachfolger des Erblassers haftet der Querel auch der Notherbe, der dem eingesetzten Erben das Vermögen mittelst der bon. poss. contra tabulas entzogen hat. Denn an diesen verliert der Eingesetzte rechtlich den ganzen Nachlaß, — der Erbbesitzer steht heredis loco, — eine Rechtsstellung, die ihm der Prätor in vollem Umfange gewährt[28]).

Nach l. 10 C. h. t. 3. 28 richtet sich die Querel auch gegen den Fiscus, wo auf diesen das Vermögen des zunächst haftenden Erben als erbloses Gut übergegangen ist: der Fiscus ist hier als

---

[25]) Darum wird auch, wo die Quellen auf den Beklagten hinweisen, regelmäßig der eingesetzte Erbe in's Auge gefaßt: l. 8 § 2. 10. 13. l. 10 pr. in f. l. 15 § 2. l. 16 pr. l. 19. l. 21 pr. § 2. l. 23 pr. l. 24. l. 25 § 1. l. 27 pr. D. h. t. l. 10. 13. 22. 34. l. 36 § 2 C. eod. l. 76 pr. D. de legat. II° (31).

[26]) l. 1 C. h. t. 3. 28.

[27]) l. 55 § 5 D. ad SC. Trebell. 36. 1, womit zu vergleichen l. 63 § 2 D. eod.

[28]) l. 20 pr. D. de bon. poss. contra tab. 37. 4. l. 13 pr. D. eod. Vergl. noch Schmidt, Recht der Notherben S. 138 Anm. 239. Leist, Forts. II S. 28 f. Dazu unsre Ausführungen im § 23.

Rechtsnachfolger des Erben in die in dessen Person begründete, der Querel entsprechende Verpflichtung eingetreten[29]).

Daß die aufgezählten Personen nicht die einzigen sind, welche außer dem Testamentserben als rechte Beklagte gegenüber der Erbschaftsklage zu nennen sind, bedarf keiner Ausführung: jeder Gesammtnachfolger des Erblassers, auch wenn er erst nachträglich aus irgend welchem Grunde in die Stelle des durch dessen Testament gerufenen Erben einrückt, hat die Klage auf sich zu nehmen: so Jeder, der dem Eingesetzten das Vermögen wegen Erbunwürdigkeit entzieht[30]). Dagegen darf nicht gesagt werden, daß die Klage gegen Jeden zu erheben wäre, welcher die Erbschaft oder Theile derselben *pro herede* oder *pro possessore* besitzt. Es ist gewiß, daß die Querel durch eine solche subjektive Ausdehnung ihre Selbständigkeit gegenüber der Erbschaftsklage verlieren würde: für die Annahme jener Ausdehnung aber fehlt es an einem genügenden Grunde. Denn die l. 1 C. h. t. 3. 28, welche den Erbschaftsvermächtnißnehmer haften läßt, perinde — ac si pro herede aut pro possessore possideret, hat als erhobenen Anspruch eine Querel im Auge, mit welcher die Erbschaftsklage verbunden ist[30a]).

Mit allem dem ist die Frage nicht abgeschnitten, ob nicht ausnahmsweise auch gegen einen Erbschaftsbesitzer, welcher sich keine Erbberechtigung aus dem Testament zuschreibt, sowie gegen solche Personen, die zwar keine solche Berechtigung, aber doch überhaupt ein Recht auf das Testament gründen, eine Querel statthaft ist. Und wie nach dieser Seite hin, so bedarf es auch insoweit einer Feststellung der subjectiven Voraussetzungen der Querel, als die Möglichkeit einer Klage gegen den nicht besitzenden Testamentserben in's Auge gefaßt sein will. Alle diese Erörterungen können nur in Verbindung mit der auf den § 47 ausgesetzten Untersuchung über das Verhältniß der Querel zur Erbschaftsklage durchgeführt werden. Nur das ist schon hier zu bemerken, daß nach der von uns

---

[29]) Vergl. Francke S. 286.

[30]) So Glück VII S. 407—409. Arndts II S. 578.

[30a]) Vergl. wegen der Frage, ob die Klage gegen jeden Besitzer pro herede oder pro possessore zustehe, Mühlenbruch 35 S. 352—361, Hartmann S. 9 f., welche die im Text ausgesprochene Ansicht vertreten, — anderseits Brinz II S. 841, Bekker, Actionen I S. 275 f., welche die Querel in weiter Ausdehnung gegen einen Besitzer der beschriebenen Art zulassen.

zu entwickelnden Anſicht die Klage nach beiden Richtungen hin in gewiſſer Ausdehnung zuzulaſſen iſt.

V. Wiederholt berührt iſt, daß der mit der Querel zu verfolgende Anſpruch erſt mit der Erbſchaftsantretung des Teſtamentserben entſteht[31]). Die Antretung führt an ſich zu einem gültigen Erbſchaftserwerbe[32]). Von den Formen, in welchen die Folgen dieſes Erwerbs nach durchgeführter Querel rückgängig gemacht werden, iſt bei den Wirkungen der Querel zu handeln.

Um den Notherben gegen übermäßige Verzögerung der Rechtsverfolgung zu ſichern, verordnet Juſtinian — l. 36 § 2 C. h. t. —, daß der Eingeſetzte ſich bei in Ausſicht ſtehender Querel innerhalb beſtimmter Friſt über die Erbſchaftsantretung erkläre: wohnen beide Parteien in derſelben Provinz, ſo muß die Erklärung binnen ſechs Monaten, andernfalls muß ſie innerhalb Jahresfriſt erfolgen. Die Friſt iſt tempus continuum und beginnt mit dem Tode des Erblaſſers. Iſt die Erklärung während dieſer Zeit nicht erfolgt, ſo iſt der Berufene Gerichtswegen zu derſelben anzuhalten. Dem Ausdruck nach ſcheint Juſtinian zu ſagen, es ſolle ohne Weiteres Zwang zur Antretung geübt werden[33]). Indeſſen iſt das gewiß nur eine ungeſchickte Faſſung: ein derartiger Zwang würde keinen Sinn haben, man könnte nur die Fiction der Antretung Platz greifen laſſen. Mit Recht nehmen daher die meiſten Rechtslehrer an, daß nur eine peremtoriſche Aufforderung zur Erklärung über den Antritt gemeint iſt: uneinig aber iſt man wegen des zu ſtellenden Präjudizes. Manche[34]) geben demſelben den Inhalt, mit Verweiſung auf die Grundſätze des claſſiſchen Rechts über die richterliche Antretungsfriſt[35]), daß der Eingeſetzte bei ausbleibender Erklärung als ablehnend gelten ſolle. Allein

[31]) Ulp. l. 8 § 10 D. h. t.: — quoniam ante aditam hereditatem nec nascitur querella. Daß der hier bezeugte Satz und damit der Beginn der Klagverjährung unter den römiſchen Juriſten ſtreitig war, zeigt l. 36 § 2 C. h. t. 3. 28.

[32]) pr. J. h. t. 2. 18. l. 32 D. de H. P. 5. 3. l. 31 pr. D. de vulg. 28. 6.

[33]) l. 36 § 2 C. cit.: — sin vero scriptus heres intra statuta tempora minime adierit, per officium quidem judicis scriptum *compelli hoc facere*. Manche Rechtslehrer wollen bei dieſen Worten ſtehen bleiben: ſo Mühlenbruch 41 S. 296 f. Vangerow II § 478 Anm. unter II. Mühlenbruch will demgemäß Nöthigung zur Einlaſſung auf die Querel des Pflichttheilsberechtigten eintreten laſſen.

[34]) Francke S. 256. Arndts II S. 578 Anm. 86. Windſcheid III § 584 Anm. 12.

[35]) l. 69 D. de A. v. O. H. 29. 2. Vergl. auch Gaj. II. 167.

für einen ſolchen Gedanken wäre in der That der Ausdruck, es ſolle Zwang zur Antretung ſtattfinden, mehr als unpaſſend. Unter allen Umſtänden ſprechen dieſe Worte für das Präjudiz der Antretung. Und dieſe Anſicht[36]) kann ſich außerdem auf einen andern gewichtigen Grund ſtützen. Die l. 36 C. cit. iſt vom 1. September 531. Wenige Wochen ſpäter, am 27. November 531, erließ Juſtinian die l. 22 C. de jure delib. 6. 30: hier verordnete er allgemein, der Berufene habe mit Ablauf der Deliberationsfriſt als antretend zu gelten. Läßt ſich wohl im Sinne Juſtinian's für unſern Fall ein anderes Präjudiz annehmen? Wir dürfen uns, wie ich meine, um ſo eher für das Präjudiz der l. 22 C. cit. entſcheiden, als die Antretung des Teſtamentserben das Querelrecht nicht beeinträchtigt.

VI. Bisher iſt das Recht der Querel erörtert mit Rückſicht auf deren Begründung und Zweckbeſtimmung, ſodann iſt das Verhältniß des Anſpruchs zur Erbſchaftsklage, die Perſon des Beklagten und der Zeitpunkt der Entſtehung der Klage feſtgeſtellt. Zum Abſchluß dieſer allgemeinen Erwägungen ſoll noch die Stellung der Querel im Syſtem des Civilrechts erwogen werden.

Unter III wurde hervorgehoben, daß die Querel an ſich, im Verhältniß zur Erbſchaftsklage, ein durchaus ſelbſtändiger, lediglich auf die Vernichtung des Teſtaments gerichteter Anſpruch iſt, beſtimmt dazu, der geſetzlichen Erbberechtigung des Klägers Raum zu ſchaffen. Damit legt ſich ein proceſſualiſcher Geſichtspunkt nahe, den eine neuere Anſicht betont, — die Auffaſſung der Querel als Präjudicium[37]). Unverkennbar beſteht auch eine nicht geringe Verwandtſchaft mit dieſem. Wie es bei Letzterem nicht zu einer Condemnation kommt (Gaj. IV. 144 vergl. mit § 13 J. de act. 4. 6), ſo erfolgt bei der Querel, eingehüllt in das sacramentum justum esse, nur ein Spruch

---

[36]) Für daſſelbe Sintenis III § 199 unter II. 1.

[37]) So Hugo, Rechtsgeſch. I S. 564 (Aufl. XI). Fabricius, bon. poss. S. 146 ff., beſonders S. 149. Bekker, Actionen I S. 285. — Aeltere Schriftſteller, ſoweit ſolche die Querel gleich uns als einen ſelbſtändigen Anſpruch behandeln, ſprechen meiſt nur von einem jus quoddam rescindendi testamentum, ſie gehen nicht näher auf den Anſpruch ein. Vergl. *Azo*, summa Cod. ad l. 1 h. t. n. 24. *Accurs.* glo. prosit ad l. 6 § 1 D. h. t., womit etwa zu verbinden iſt glo. exercere ad l. 20 D. eod., glo. teneatur ad l. 1 C. eod. Näher dargeſtellt iſt die frühere Lehre bei *Klenze*, querellae inoff. test. natura S. 15—19, womit etwa zu vergleichen iſt Glück VII S. 361.

über das „testamentum inofficiosum esse“[38]). Mit jener Eigenthümlichkeit der fehlenden Condemnation hängt es zusammen, daß die Rechtsbehauptung der Partei sich in den Vordergrund drängt. So bei den Statusklagen das liberum, ingenuum se dicere, seryum dicere, patronum se dicere und Aehnliches[39]), bei der Querel das inofficiosum dicere, de inofficioso disputare[40]). — Bei der Querel, wo sie sich gegen den Testamentserben richtet, reicht die Rechtskraft des Erkenntnisses über die am Proceß betheiligten Personen hinaus, Letzteres schafft Recht auch gegenüber Dritten; einer ähnlichen, ausnahmsweise ausgedehnten Wirkung des rechtskräftigen Erkenntnisses begegnen wir bei den auf die Statusverhältnisse bezüglichen Präjudicien[41]).

Aller dieser Berührungspunkte ungeachtet erscheint die Behandlung der Querel als Präjudicium nicht gerechtfertigt. Schon Hartmann (S. 12) hat darauf hingewiesen, daß die dem Richterspruch bei der Querel zufallende Aufgabe, ein in Geltung stehendes Testament zu *vernichten*, über die Zwecke des Präjudicium hinausgeht. Weit treffender ist die Vergleichung der Querel mit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand: hier ist in der That die Uebereinstimmung in den materiellen Rechtsgrundsätzen eine so große, daß man die Pflichttheilsklage eine civile Restitution gegen den letzten Willen und die auf Grund desselben eingetretene testamentarische Erbfolge wird nennen können.

Ich versuche die Gegenüberstellung beider Institute im Einzelnen durchzuführen, da dadurch die Erfassung des Wesens der Querel gefördert werden dürfte[42]).

Daß der Notherbe *verletzt* ist, erkennt das Recht durch das Hervorheben der ihm widerfahrenen Kränkung an. Freilich ist diese gegen die Person gerichtet, aber der kränkende Thatbestand besteht doch

[38]) l. 8 § 16. l. 10 pr. l. 17 § 1. l. 26 D. h. t. 5. 2. l. 4 C. eod. 3. 28. Dazu weitere im § 47 Anm. 35—44 gesammelte Stellen.

[39]) Vergl. l. 7 § 4. 5. 6. l. 8. l. 24 pr. l. 27 § 1 D. de lib. caus. 40. 12. rubr., l. 2 § 1. l. 6 D. si ingen. 40. 14. l. 1 § 4 D. ne de statu defunct. 40. 15. l. 14 D. de probat. 22. 3. l. 2. 19 C. de liber. caus. 7. 16. l. un. C. ad leg. Visell. 9. 21.

[40]) l. 1. l. 3. l. 6 pr. § 1. l. 8 § 2. 5. 8. 12. 14. 17. l. 10 § 1 D. h. t. u. s. f.

[41]) Vergl. die Ausführungen im § 47 unter B. 7.

[42]) Auf die Verwandtschaft mit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hat schon hingedeutet Arndts II S. 579 Anm. 96; schärfer wird sie betont von Windscheid II § 359 Anm. 6, womit zu vergleichen III § 584 Anm. 8.

in der Ausſchließung vom Pflichttheil, und ſo ſoll auch die vom Recht gewährte Hülfe den Zugang zur Erbſchaft eröffnen. Anderſeits bedarf es zur Begründung der Wiedereinſetzung nicht nothwendig eines Vermögensnachtheils[43]). — Auch der Umſtand hat vom Standpunkt des Rechts der Wiedereinſetzung nichts Befremdendes, daß das Nichtbedenken nur die Ausſicht auf einen Vermögenserwerb entzogen hat[44]).

Dem Erforderniß eines rechtfertigenden Grundes bei der Wiedereinſetzung entſpricht bei der Querel der Umſtand, daß dem Pflichttheilsberechtigten eine auf enge Blutsverwandtſchaft gegründete nächſte geſetzliche Erbberechtigung zur Seite ſtand, dieſer engen verwandtſchaftlichen Beziehung aber vom Erblaſſer unbilliger Weiſe nicht Rechnung getragen iſt[45]).

Der Erfolg des Querelſtreits ſteht in voller Uebereinſtimmung mit dem des Wiedereinſetzungsverfahrens. Wie bei Letzterem die den Imploranten verletzende juriſtiſche Thatſache ihrer an ſich eingetretenen rechtlichen Wirkungen entkleidet wird, ſo entzieht der Richterſpruch auf die Querel den juriſtiſchen Thatſachen des letzten Willens und des auf Grund deſſelben vollzogenen Erbſchaftserwerbs die Rechtswirkung. So kann es nicht auffallen, wenn in einer der claſſiſchen Jurisprudenz angehörigen Aeußerung der Erfolg der Querel ganz ſo bezeichnet wird, wie die Wirkungen der Reſtitution gekennzeichnet zu werden pflegen[46]). — Daß das Verfahren über die Querel zu dem über die Erbſchaftsklage im Verhältniß des judicium rescindens zum rescissorium ſteht, hat ſchon Arndts (Anm. 32 cit.) betont. — Auch die beſonders freie Stellung des Centumviralgerichts bei der Würdigung des Thatbeſtands, namentlich beim Urtheil über das Verhalten des Notherben gegen den Erblaſſer, über die gegen Erſteren geltend gemachten Ausſchließungsgründe, begegnet bei der Wiedereinſetzung der gleichen Stellung des Magiſtrats bei der Handhabung

[43]) Vergl. namentlich l. 3 D. de minor. 4. 4 (Reſtitution wegen verſäumten Vortheils aus einem Kauf, gegründet auf das Affectionsintereſſe). l. 6 D. eod. (— cum intersit eorum litibus et sumptibus non vexari —.) Weitere Fälle bei Windſcheid I § 115 Anm. 3.

[44]) Paul. l. 27 D. ex quib. caus. maj. 4. 6: Et sive quid amiserit vel lucratus non sit, restitutio facienda est, etiamsi non ex bonis quid amissum sit. l. 44 D. de minor. 4. 4.

[45]) Marcell. l. 5 D. h. t.

[46]) Dies geſchieht bei Paul. l. 21 § 2. D. h. t. 5. 2: — evicta hereditate per inofficiosi querellam perinde omnia observantur, ac si hereditas adita non fuisset.

des Rechtsmittels. — Endlich liegt hier wie dort eine subsidiäre Rechtshülfe vor[47]).

Zum Schluß gebe ich eine Uebersicht über die auf die Querel bezüglichen einzelnen Lehren, welche im Folgenden behandelt sind. In engstem Zusammenhange mit dem Wesen der Querel steht die unter III ausgesetzte Feststellung des Verhältnisses der Klage zur Erbschaftsklage sowie die in Num. IV vorbehaltene Untersuchung, inwieweit die Querel auch in andrer Anwendung als in der Richtung gegen den besitzenden Testamentserben vorkommt. Davon in den §§ 47 und 48. Der § 48 wird ferner in Num. II die oben unter I a. E. berührte Verwendung der Querel bei dem Falle behandeln, wo der Erblasser den Notherben in der irrthümlichen Meinung überging, derselbe sei nicht vorhanden. Im § 49 sollen einige wenige mit Rücksicht auf die voraufgehenden Ausführungen unerläßliche Bemerkungen über die Geschichte der Querel und deren Behandlung im Sacramentsproceß Platz finden. Demnächst ist von den Wirkungen der Querel zu reden theils im Allgemeinen, theils bei den Fällen, wo eine Mehrheit sei es von Pflichttheilsberechtigten, sei es von Testamentserben vorhanden ist (§§ 50. 51). Mit der der Querel zufallenden Aufgabe, der gesetzlichen Erbberechtigung des Notherben zur Wirksamkeit zu verhelfen, steht das im § 52 zu bestimmende Verhältniß der Klage zur Delation und zum Erwerb der gesetzlichen Erbfolge, — hiermit wieder die Anwachsung und die Succession bei der Querel (§ 53) in Verbindung. In den §§ 54—56 werde ich die Gründe des Wegfalls der Querel, im § 57 die Frage der Subsidiarität dieses Anspruchs und die bei dessen erfolgloser Durchführung eintretende Erbunwürdigkeit behandeln.

§ 47.

B. Verhältniß der Querel zur Erbschaftsklage[1]).

Der Gegenstand, um dessen Feststellung es sich hier handelt, betrifft die wichtigste Seite in dem im § 46 erörterten Wesen der Querel: es ist zu sagen, ob diese eine selbständige Natur hat

---

[47]) Auf die kurze Verjährungsfrist bei der Querel soll kein Gewicht gelegt werden, da deren Ursprung zu wenig aufgehellt ist.

[1]) Außer den bei § 46 in Anm. * genannten Schriftstellern vergl. noch *Klenze*, querellae inofficiosi testamenti natura. (1820 — unvollendet).

oder nur als qualificirte Erbſchaftsklage zu behandeln iſt. Von der erſten, nach meiner Ueberzeugung richtigen Auffaſſung wurde ſchon im § 46 Gebrauch gemacht; ihre Begründung wurde bis hieher ausgeſetzt. Nicht zu ſcheiden ſind von dieſer Unterſuchung die Fragen: ob die Klage auch dann erhoben werden kann, wenn der zu belangende Teſtamentserbe ſich nicht im Beſitz der Erbſchaft befindet; davon iſt im Verlauf der gegenwärtigen Erörterung zu reden, — ferner ob die Querel auch ſtattfindet gegenüber einem Erbſchaftsbeſitzer, der ſich für ſeinen Beſitz nicht auf das Teſtament beruft, ſowie gegen Perſonen, welche auf Grund des Teſtaments nicht Erbberechtigung, ſondern einzelne Rechte in Anſpruch nehmen. Hiervon im § 48.

Wegen der Litteratur über die Hauptfrage darf namentlich auf die reichhaltigen Angaben bei Klenze (Anm. 1 cit.) S. 1. 2. S. 15—18 verwieſen werden[2]). Hervorzuheben iſt nur, daß die Behandlung der Querel als einer eigenthümlichen Art der hereditatis petitio, bei der dann die Beſchwerde über Liebloſigkeit lediglich als causa aufgefaßt wurde, ſchon in den Baſilikenſcholien entwickelt wird[3]), daß dagegen die Gloſſatoren und Commentatoren ſich mit wenigen Ausnahmen für die Sonderung von der Erbſchaftsklage entſchieden; der entgegengeſetzte Standpunkt gelangte zuerſt in der franzöſiſchen Schule zur Herrſchaft[4]), er hat dieſe auch bis auf die Gegenwart behauptet. Indeſſen mehren ſich in neueſter Zeit die Stimmen für die

---

[2]) Vergl. auch Hartmann S. 3—5.

[3]) Die Auffaſſung der Scholien iſt dieſe. Im Allgemeinen reden dieſelben in Anwendung auf die Querel von einer hereditatis petitio de inofficioso, einem petere hereditatem ex causa inofficiosi testamenti, — ſie verwenden demnach als gleichbedeutend mit der querella inofficiosi den Ausdruck heredit. petitio. Vergl. Bas. 39. 1 c. 1 sch. 1 c. 3 sch. 1 c. 6 sch. 5 c. 25 sch. 7. Bas. 42 1 c. 7 sch. 1 und 3. Dieſe Gleichſtellung tritt uns insbeſondere als eine ſelbſtverſtändliche entgegen in schol. 1 und 2 zu Bas. 39. 1 c. 34, der Stelle der Baſiliken, welche die ſo wichtige, unten zu beſprechende l. 1 C. h. t. 3. 28 wiedergibt. Näher läßt ſich über das Verhältniß der Querel zur Erbſchaftsklage Bas. 39. 1 c. 1 schol. 1 aus (Stephanus). Dort wird geleugnet, daß die Querel für ſich ſelbſt Klage wäre: ſie iſt für die hereditatis petitio Klaggrund (*αἰτία τῆς ἀγωγῆς*).

[4]) Schon vorher hatte Raphael Fulgoſius die gleiche Anſicht verfochten. Mir iſt dies nur aus einer kurzen Aeußerung im Commentar zu l. 1 C. h. t. bekannt; der Commentar zum dig. vetus (ad l. 20 h. t.), auf den ſich Klenze und Hartmann beziehen, iſt mir nicht zugänglich geweſen.

Annahme eines ſelbſtändigen Anſpruchs[5]); nur die Praxis ſcheint an der früheren Auffaſſung feſtzuhalten. Ein Erkenntniß des O.-Trib. zu Berlin vom 24. Januar 1860 (Seuffert **15.** 144) erklärt die Querel für eine mehrfach modificirte Erbſchaftsklage; das Gericht verwirft insbeſondere deren Behandlung als Präjudicium. Auf demſelben Standpunkt ſteht ein Urtheil des O.-A.-G. zu Jena vom 13. April 1867 (**24.** 251), indem es ein blos präjudicielles und präparatoriſches Rechtsmittel auf „Anerkennung des Erbrechts" nicht zulaſſen will.

Indem ich mich jetzt anſchicke, die Beweiſe für die ſelbſtändige Natur des Anſpruchs darzulegen, will ich vorweg die Ergebniſſe bezeichnen, zu denen ich gelange. Es iſt anzuerkennen, daß die Verbindung der Querel mit der Erbſchaftsklage nach den Quellen die in hohem Grade überwiegende Regel bildet. Wenn dennoch die gewichtigſten Gründe für die Selbſtändigkeit der Klage ſprechen, ſo iſt die Dürftigkeit der äußeren Beweiſe für dieſelbe nur daraus zu erklären, daß das Vorkommen des Anſpruchs in geſonderter Geſtalt aus einem zweifachen Grunde, den ich in den Pandekten mindeſtens angedeutet finde, erheblich eingeſchränkt iſt. Gegen den nichtbeſitzenden Teſtamentserben wird dem beſitzenden Notherben, ſoweit ſein Beſitz reicht, eine Querel nicht verliehen, es wäre denn in Geſtalt eines Gegenangriffs gegen den von Erſterem ausgehenden Angriff. Gegen Dritte aber, die ſich Erbberechtigung aus dem Teſtament nicht zuſchreiben, findet eine Querel nur ſtatt, wenn der Teſtamentserbe oder eine rechtlich an deſſen Stelle getretene Perſon nicht belangt werden kann.

A. Die Zeugniſſe für die zuvor erwähnte regelmäßige Verbindung der beiden Anſprüche werden von uns an die Spitze geſtellt, weil ſie zugleich das Beweismaterial für die herrſchende Annahme abgeben, es ſei die Querel eine qualificirte Erbſchaftsklage. Die Frage, ob für dieſe Annahme äußere Beweiſe vorliegen, wird daher bei der Prüfung jener Zeugniſſe ihre Erledigung finden. Es fällt bei der Betrachtung der Quellen in die Augen, daß dieſelben

---

[5]) Dafür namentlich (außer Hartmann) Arndts, civ. Schriften II S. 577 bis 579. Schleſinger, krit. Viertelj.-Schrift **7** S. 471 f., Windſcheid III § 584. Bekker, Actionen I S. 272—283. — Für die herrſchende Lehre Francke S. 253—255. Mühlenbruch **35** S. 344—352. Vangerow II § 478 Anm. unter 1. Brinz II § 200. Köppen, Syſt. I S. 112 f. Kuntze, Curſus § 867.

faſt durchweg von jener regelmäßigen Erſcheinung ausgehen[6]); auch iſt dies ſehr begreiflich. Der Teſtamentserbe, dem doch ſogleich beim Tode des Erblaſſers deferirt und damit die ſofortige Ergreifung des Beſitzes am Nachlaß ermöglicht wird, iſt die ordnungsmäßig allein zur Vertheidigung des Teſtaments gegenüber dem in der Querel liegenden Angriff berufene Perſon. Da nun die Querel dem Kläger mittelbar die Durchſetzung ſeines geſetzlichen Erbanſpruchs möglich machen ſoll, ſo führt das Bedürfniß einer Vereinfachung der Rechtsverfolgung dazu, daß die gegen den nämlichen Beklagten zu erhebende Erbſchaftsklage ſogleich mit der Querel verknüpft wird. Dieſe regelmäßige Verbindung erklärt es, daß die Pflichttheilsklage als „hereditatis petitio ex causa inofficiosi querellae", als „hereditatis petitio ex nomine de inofficioso" bezeichnet wird[7]), ſogar in Fällen, in denen es nicht darauf ankam, die Richtung der Klage gegen den Erbſchaftsbeſitzer zu betonen, vielmehr lediglich anzugeben war, ob einem enterbten Notherben oder doch deſſen Deſcendenz zur Erbſchaft zu verhelfen ſei. Dieſelbe Erſcheinung macht es begreiflich, daß einige Stellen als ſelbſtverſtändliche Folge der „quaestio inofficiosi testamenti", der „inofficiosi querella" die Herausgabe der Erbſchaft behandeln[8]), — daß Sever in l. 1 C. h. t.

[6]) Vergl. im Allgemeinen l. 8 § 8. 13 in f. l. 16 § 1 in f. l. 17 pr. l. 19. l. 21 § 2. l. 27 § 3 D. h. t. l. 1. l. 22. l. 34 C. h. t. l. 76 D. de legat. II° (31). l. 20 D. de B. P. co. tab. 37. 4. l. 3 C. de H. P. 3. 31.

[7]) l. 20 D. de B. P. co. tab. 37. 4. l. 34 C. de inoff. test. 3. 28. Das von den im Text angeführten Wendungen betonte Cauſalverhältniß, wonach die Inofficioſität den Grund für das Eingreifen der geſetzlichen Erbfolge darſtellt, findet ſich eben ſo deutlich ausgeprägt in l. 3 C. de pet. her. 3. 31: — sed et si quaestionis titulus prior inofficiosi testamenti causam habuisset —. Vergl. auch noch l. 5 § 2 D. de H. P. 5. 3: — judiciorum, quae de hereditatis petitione sunt —. Dazu unten § 48 unter c. im Eing.

[8]) Papin. l. 16 § 1 D. h. t.: — filia defuncti — *quaestionem inofficiosi testamenti* recte pertulit: — et ideo universam hereditatem filiae cum fructibus *restitui* necesse est. Paul. l. 21 § 3 D. eod. — *evicta* hereditate per inofficiosi querellam —. Papin. l. 76 D. de legat. II°: Cum filius divisis tribunalibus *actionem inofficiosi testamenti* matris pertulisset, — pro partibus, quas aliis coheredibus *abstulit* filius —. Daß das „evicta hereditate" der l. 21 § 3 cit. vom Abſtreiten des Erbrechts zu verſtehen (Hartmann S. 8 Anm. 3) oder auf die rein präjudicielle Querel zu beziehen wäre (Bekker S. 281 Anm. 21 unter a), kann ich nicht glauben. Iſt es denn ſo auffällig, daß Paulus den im „inofficiosum dicere" gegebenen entfernteren Grund der im Rechtswege erfolgten Entziehung der Erbſchaft in's Auge faßt?

an das „de inofficioso testamento dicere“ gegenüber dem Erbschaftsvermächtnißnehmer ohne Weiteres die Bemerkung anschließt:

non est iniquum hoc ei accommodari, ut perinde fideicommissarius teneatur, ac si pro herede aut pro possessore possideret.

Wenn man in dieser Constitution einen Beweis für die Natur der Querel als einer qualificirten Erbschaftsklage hat finden wollen, so hat das keinen Grund. Freilich ist in ihr deutlich die Anschauung ausgeprägt, daß das inofficiosum dicere die Herausgabe der vom Beklagten besessenen Erbschaft vermitteln soll; allein dies wird genügend durch die oben wiederholt betonte regelmäßige Verknüpfung mit der Erbschaftsklage erklärt. Eben dieser Umstand mußte das im Schlußsatz erledigte Bedenken nahe legen, daß die bei letzterer Klage auf Seiten des Beklagten erforderliche Besitzqualität (Besitz pro herede oder pro possessore) dem Erbschaftsvermächtnißnehmer fehle[9]).

Weiter hängt mit dem erwähnten Verhältniß beider Klagen zu einander der Satz zusammen, daß der Querelkläger bei seinem Angriff auf das Testament den Erbtheil in Anspruch nimmt, (petit, vindicat), den er sich nach den Grundsätzen der gesetzlichen Erbfolge zuschreibt. Zu den über diese Regel redenden Zeugnissen gehört auch l. 19 D. h. t.[10]). Indessen ist aus dieser Stelle der wichtige Satz zu entnehmen, daß über die Querel, auch wo sie neben der Erbschaftsklage angebracht war, gesondert und vor dem Urtheil über Letztere entschieden wurde. Da danach die Querel selbst bei jener Verbindung in nicht geringem Umfange von der Erbschaftsklage unabhängig blieb, so stellen wir die l. 19 cit. zu den Beweisen über die selbständige Natur des Anspruchs.

[9]) Näher besprochen wird l. 1 C. cit. bei Klenze S. 6 f., wo das „dicere velit“ gepreßt, demnach Erhebung der Erbschaftsklage vor der Querel behauptet wird, — bei Hartmann S. 23, wo umgekehrt durch die Annahme einer Aufeinanderfolge erst der Querel und dann der Erbschaftsklage dem Inhalt des Rescripts Zwang angethan sein dürfte. Der Auslegung im Text verwandt ist die von Mühlenbruch 35 S. 356—358: nur wird dort die Streitfrage über die selbständige Natur der Querel nicht in's Auge gefaßt.

[10]) Außer l. 19 cit. sind hervorzuheben Ulp. l. 27 § 3 D. h. t.: — pro modo facultatium quae per inofficiosi testamenti accusationem *pro parte* ei *vindicabantur* —. Ulp. l. 8 § 8 D. eod.: — et si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere —. Paul. l. 17 pr. D. h. t.: — ideo universam hereditatem non recte vindicasset —. Von letzterer Stelle wird im Text bei der Erörterung über l. 19 cit. geredet werden.

Ein letzter Beweisgrund für die regelmäßige Verbindung beider Klagen ſcheint in l. 7 § 1 D. de H. P. 5. 3 zu liegen, einer Stelle, in der man ſogar ein directes Zeugniß dafür hat finden wollen, daß die Querel *nur gegen den Beſitzer der Erbſchaft* erhoben werden könne[11]). Im Eingang der l. 7 cit. iſt von der Frage die Rede, wie der Streit über die aus einem Teſtament abgeleitete Freiheit eines Menſchen, der ohne Zweifel Sclav des Erblaſſers geweſen, zu behandeln iſt, wenn zugleich ein Angriff auf daſſelbe Teſtament mit der Inofficioſitätsquerel zu erwarten iſt. Hier ſoll der Freiheitsproceß nach einem Senatsſchluß und einem nachfolgenden Reſcript Trajan's ausgeſetzt werden. An dieſe Aeußerungen knüpft der § 1 an. Ulpian bemerkt mit Berufung auf ein Reſcript von Pius, die Freiheitsproceſſe ſeien nur dann auszuſetzen, wenn über die Inofficioſität der Streit bereits befeſtigt ſei oder doch ohne Aufſchub befeſtigt werde; erfolge die Litisconteſtation nicht, ſo erleiden jene Prozeſſe keinen Aufſchub. Alles bisher Erwähnte ſoll näher im § 48 unter C. erwogen werden, namentlich iſt dort eine abweichende Auslegung zu prüfen. Gegenwärtig haben für uns die Einzelheiten Intereſſe, die Ulpian im Fortgang der Stelle über jenes Reſcript von Pius mittheilt. Licinnianus, ein Sclav des Erblaſſers, war von einem Sohne deſſelben, der ſich geſetzliche Erbberechtigung zuſchrieb und im Beſitz der Erbſchaft war, in servitutem vindicirt, der Beklagte aber hatte, um Aufſchub des Streits zu gewinnen, den Präjudicialeinwand dahin erhoben: ihm ſelbſt ſei durch letzten Willen des Erblaſſers Erbſchaft und Freiheit zugewendet, Kläger müſſe deshalb zunächſt das Teſtament mit der Querel anfechten; bis zu deren Erledigung aber ſei der Freiheitsproceß auszuſetzen. Pius hat entſchieden:

— si quidem possessor esset hereditatis Licinnianus, facilius audiendum, quoniam esset hereditatis nomine judicium susceptturus et erat in arbitrio ejus, qui se dominum esse dicit, agere (adigere? Momms.) de inofficioso testamento judicium. nunc vero sub obtentu judicii de inofficioso testamento ab ipso Licinniano non suscepti per quinquennium non debere moram fieri servituti —.

[11]) So Francke, Comment. zum Pand.-Tit. de hered. pet. S. 122 a. E., ausgehend von der Auffaſſung der Querel als einer qualificirten Erbſchaftsklage. Umgekehrt betont auf Grund derſelben Auffaſſung Cujaz bei l. 7 § 1 cit. (VII. 217 a. E. 218), dem im Beſitz des Vermögens befindlichen enterbten Sohne ſtehe die Querel nicht zu, weil dem Beſitzer keine in rem actio gewährt werde.

Uebrigens soll, falls eine summarische Untersuchung zeigt, daß der Beklagte in gutem Glauben auf den Inofficiositätsstreit provocirt, noch eine mäßige Frist zu dessen Herbeiführung bewilligt werden; kommt es auch dann nicht zum Prozeß, so nimmt der Streit wegen der Freiheit seinen Fortgang.

Man wird nicht in Abrede stellen dürfen, daß hier das bestehende Besitzverhältniß in Ansehung der Erbschaft als maßgebend dafür behandelt wird, ob der Notherbe die Querel erheben kann. Dafür spricht deutlich die auf den eingesetzten Erben bezügliche Bemerkung „et erat in arbitrio ejus — adigere de inofficioso testamento judicium". Sagt das nicht durch Schluß vom Gegentheil: der Eingesetzte vermag von sich aus die Querel nicht anhängig zu machen, wenn er selbst und nicht der Licinnianus besitzt?

Demnach erscheint es gezwungen, wenn Hartmann[12]) auch dem besitzenden Notherben die Querel zugestehen und nur anerkennen will, daß im Fall der l. 7 cit. der Besitzer thatsächlich die Zeit her nicht gegen den Licinnianus hatte vorgehen können, weil dieser von seinem auf das Testament gestützten Erbanspruche nichts hatte verlauten lassen. Es wäre gewiß seltsam, wenn Ulpian diesen wichtigen Theil des Thatbestands völlig verschwiegen hätte. Aber muß man denn mit Francke (vergl. Anm. 11) aus der Entscheidung des Pius den Schluß ziehen, daß die Querel nur gegen den Besitzer der Erbschaft stattfindet? Nach Ulpian's Darstellung unterliegt es keinem Zweifel, daß der Notherbe sich im Besitz befand: eben mit Rücksicht hierauf hatte Licinnianus erklärt, suscepturum se de inofficioso testamento judicium et petiturum hereditatem. Darum ist aus l. 7 cit. nur zu entnehmen, daß der Pflichttheilsberechtigte, so lange er selbst im Besitz der Erbschaft ist, nicht selbständig zur Erzielung einer Vernichtung des Testaments gegen den Dritten vorgehen kann, der sich Erbberechtigung aus dem Testament zuschreibt[13]).

---

[12]) A. a. O. S. 21. — Dagegen halte ich es mit Hartmann für ausgemacht, daß in der Erwähnung der fünf Jahre, während deren es nicht zur Querel gekommen war, keine Hindeutung auf die Verjährung liegt: es war zufällig während eines so langen Zeitraums nicht auf die Erbschaft geklagt, damit auch die Frage nach der Gültigkeit des Testaments nicht angeregt.

[13]) Derselbe Gedanke tritt in den Schlußworten der weiter unten zu besprechenden l. 8 § 13 D. h. t. zu Tage. Uebereinstimmend auch Bas. 42. 1. 7 schol. 1. — Von den Vertheidigern der auch von uns verfochtenen Annahme einer selb-

Und dieser Satz beruht auf gutem Grunde. Der Notherbe befindet sich vermöge seines Besitzes in der Lage, die Erbschaftsklage des Testamentserben, bei der er die Vortheile der Beklagtenrolle genießt, abzuwarten: unter solchen Umständen mochte man es nicht gerechtfertigt finden, daß der Testamentserbe durch seine bloße Inanspruchnahme der Erbberechtigung die Querel auf sich ziehen sollte. — Immer reicht der angegebene Grundsatz nur so weit, als die Erbschaft sich wirklich beim Notherben befindet. Sind Theile derselben in den Händen von Dritten, z. B. von Vermächtnißnehmern, so ist damit die Nothwendigkeit gegeben, den Pflichttheilsberechtigten entweder zur Klage gegen diese Dritten oder zur Querel gegen den nichtbesitzenden eingesetzten Erben zuzulassen: daß aber hier im Sinn der letzteren Alternative zu entscheiden war, wird sich später ergeben.

Betrachten wir jetzt noch einmal die l. 7 cit. im Zusammenhang der Frage, welche uns zu ihrer Erörterung geführt hat, so fällt es in die Augen, daß die Stelle nicht einmal für die regelmäßige Verknüpfung der Querel mit der Erbschaftsklage Zeugniß ablegt. Wenn sie nur betont, daß der besitzende Notherbe keine Pflichttheilsklage gegen die nichtbesitzenden Testamentserben hat, so berührt sie die andere Frage überall nicht, ob bei dieser Klage Besitz des Verklagten eine wesentliche oder doch die regelmäßige Voraussetzung bildet.

Hiermit ist dasjenige Quellenmaterial erschöpft, auf das sich die Meinung stützen könnte, welche in der Querel lediglich eine qualificirte Erbschaftsklage sieht. Ein positiver Beweis für diese Ansicht hat sich nirgends erkennen lassen; zuzugeben ist nur, daß die Erbschaftsklage sich regelmäßig mit dem Anspruche auf Vernichtung des Testaments verbindet.

B. Ich betrachte nun die Gründe für die Annahme, daß die

ständigen Natur der Querel behaupten im Widerspruch mit dem Satz unsres Textes Hartmann S. 20 z. A. S. 21, Windscheid § 584 bei Anm. 15*, auch der im Besitz der Erbschaft befindliche Pflichttheilsberechtigte könne (ohne einen gegen ihn gerichteten Angriff) mit der Anfechtungsklage gegen den Eingesetzten vorgehen. Dagegen nimmt Bekker an (Actionen I S. 282 Anm. 21 unter c., verglichen mit a.), daß gegen den Testamentserben, sofern er Nichtbesitzer sei, ein Zwang zur Uebernahme nicht stattfinde, bei freiwilliger Uebernahme des Eingesetzten scheint er die Klage für anwendbar zu halten. Ich vermag nicht zu erkennen, wie durch Uebereinkommen der Betheiligten eine wesentliche Bedingung der Querel sollte ersetzt werden können.

Querel ein selbständiges, von der hereditatis petitio verschiedenes Rechtsmittel ist. Das aus den Quellen zu entnehmende Material besteht theils aus einzelnen, für sich allein nicht zureichenden Aussprüchen, theils aus allgemeinen Beweisgründen. Vorweg von den einzelnen Zeugnissen der Quellen.

1. An die Spitze stelle ich die berühmte und bis auf den heutigen Tag in hohem Grade bestrittene l. 19 D. h. t. Die Stelle hat zwar, wie ich annehme, einen Fall im Auge, wo die Querel in Verbindung mit der Erbschaftsklage erhoben war, aber sie lehrt, wie bereits bemerkt wurde, daß erstere Klage selbst in dieser Verbindung schon nach classischem Recht in nicht geringem Maße ihre Selbständigkeit behauptete.

Ich theile den Text in zwei Theile: der erste spricht nach kurzer Angabe des die Erörterung veranlassenden Thatbestands die Ansicht des Paulus darüber aus, in welchem Umfange und mit welchem Erfolge der nach dem Gesetz zu einer Quote berufene Pflichttheilsberechtigte sich der mit der Erbschaftsklage verknüpften Querel zu bedienen hat, — der zweite erwägt den Fall, wo auf die Querel eines solchen Klägers mit Unrecht das ganze Testament rescindirt ist[14]).

Mater decedens extraneum ex dodrante heredem instituit, filiam unam ex quadrante, alteram praeteriit: haec de inofficioso egit et optinuit. quaero, scriptae filiae quomodo succurrendum sit. respondi: filia praeterita id vindicare debet, quod intestata matre habitura esset: itaque dici *potest* eam quae omissa est *etiam* (itaque dici *posse tentem*, eam quae omissa est?), si totam hereditatem ab intestato petat (et optineat del. *Windscheid*), solam habituram universam successionem, quemadmodum si altera omisisset legitimam hereditatem. sed non est admittendum, ut adversus sororem audiatur agendo de inofficioso: praeterea dicendum est non esse similem omittenti eam, quae ex testamento adiit: et ideo ab extraneo semissem vindicandum et defendendum totum semissem esse auferendum, quasi semis totus ad hanc pertineat; secundum quod non in totum testamentum infirmatur,

[14]) Von den Ausführungen über l. 19 cit. sind zu erwähnen *Cujac.* rec. in lib. 2 quaest. Pauli ad h. l. (V. 898—902). Francke S. 259—265. Mühlenbruch 35 S. 428—432 (wogegen unbedeutend Glück VII. 425 ff.). Hartmann S. 14—17. S. 18 a. E. S. 26. 27.

sed pro parte intestata efficitur, licet quasi furiosae judicium ultimum ejus damnetur. —

Zunächst einige Worte über den Text. Windscheid[15]), der mit Recht in den Worten „itaque dici potest" cet. nur einen Zweifels-, keinen Entscheidungsgrund sieht, schlägt vor, aus dem auf jene Weise eingeleiteten Satze das „et optineat" als Glossem auszuscheiden. Ich schließe mich dem an, trete auch der weiteren Annahme bei, daß der nämliche Satz noch an einer andern Stelle corrumpirt ist. Wenn es heißt: „itaque dici potest eam quae omissa est *etiam*, si" —, so hat das „etiam" keinen Sinn. Windscheid will lesen „quae omissa est *testamento*, si" —; vielleicht ist aber die Corruptel so zu erklären, daß hinter dem (übrigens gleichfalls zu ändernden) „potest" einige Buchstaben ausgefallen sind, und daß dies zur Bildung des um mehrere Worte hinausgerückten „etiam" Veranlassung gegeben hat. Wie im obigen Abdruck angedeutet ist, möchte der Text so herzustellen sein:

— itaque dici *posse tentem*, eam quae omissa est, si —.

Damit wird die Natur der Aeußerung als eines Zweifelsgrundes hervorgehoben, auch findet das „tentem" Unterstützung an den Basilikenscholien[16]): übrigens hat diese Aenderung begreiflich keinen Einfluß auf die Auslegung der l. 19 cit. — Die empfohlene Beseitigung des „et optineat" wird unten ihre Rechtfertigung finden.

In der Sache wird von neueren Schriftstellern angenommen[17]), daß Paulus, nachdem er im Eingang mit der Bemerkung „haec de inofficioso egit et optinuit" als Voraussetzung seiner Erörterung die endgültige richterliche Entscheidung des Streits über die selbständige Querel hingestellt habe, nicht vom Verfahren über diese, sondern von einer auf Grund jenes Richterspruchs eingeleite-

---

[15]) Pand. III § 584 Anm. 27.

[16]) In Bas. 39. 1. 15 schol. 1 umschreibt Stephanus den Inhalt der l. 19 cit. Nachdem er die Aeußerung wiedergegeben hat, daß die übergangene Tochter vindiciren müsse, was sie empfangen würde, wenn die Mutter ohne Testament verstorben wäre, fährt er fort: — *ταῦτα ὁ Παῦλος εἰπὼν καὶ τὸ κράτουν ἀποχρινάμενος πειρᾶται λοιπόν, ὡς ἐν ἐπιχειρήματι καὶ τὸ ἐναντίον ἐκ τοῦ ἐναντίου κατασκευάσαι λογισμοῦ. λέγει γάρ, ὡς ἡ πραστέριτος θυγάτηρ μέρος καταλύσασα τῆς διαθήκης μόνη τὴν πᾶσαν ἔχει κληρονομίαν κ. τ. λ.* Sollte nicht das *πειρᾶται* aus dem Digestentext in das Scholium gelangt sein?

[17]) Hartmann S. 14 f. Bekker S. 273 f. Anm. 3 unter III. Vergl. auch Keller, Civ.-Proc. § 16 bei Anm. 228 (2. Aufl.).

ten *hereditatis petitio* rede. Darauf sollen namentlich — so Hartmann S. 15 z. A. — die Worte gehen: filia praeterita id vindicare debet, quod intestata matre habitura esset. Ich vermag mich dieser Auffassung nicht anzuschließen. Vielmehr wird, wie ich zu zeigen hoffe, von Paulus eine processualische Behandlung vorausgesetzt, wonach die Vindication der Erbschaft gleichzeitig mit dem inofficiosum dicere oder auch noch vor diesem vor sich ging, dann aber die Querel allein zur Spruchfällung gelangte, während man die Entscheidung über die Erbschaftsklage aussetzte [18]).

Betrachten wir zunächst zur Widerlegung der erwähnten abweichenden Auffassung den Gedankengang in dem oben abgedruckten Theile des Fragments. Wenn der Jurist an die sehr unbestimmt lautende Angabe, die übergangene Tochter habe de inofficioso geklagt und gesiegt, die Frage anknüpft, wie der eingesetzten Tochter zu helfen sei, so ist das nur von der Unterstellung aus begreiflich, daß die Querel auch gegen diese Tochter, welche gleich dem Extraneus auf Grund des Testaments angetreten hatte, gerichtet gewesen war. Indessen fehlt jede nähere Angabe über die Klage wie über das Urtheil, und dies erklärt es, daß Paulus in erster Linie nicht auf jene Frage nach dem der eingesetzten Tochter gegenüber dem Urtheil auf die Querel zu gewährenden Schutze, sondern auf die Untersuchung eingeht, wie die übergangene Tochter vernünftiger Weise ihre Querel einzurichten hatte. Eben das spricht jener Satz aus: filia praeterita id vindicare debet cet. Denn die ganze Entwicklung zeigt, daß die Worte im Sinne einer erst anzustellenden Querel zu nehmen sind, — freilich einer Querel, die wie gewöhnlich mit der Erbschaftsklage verbunden war. Ich will die betreffenden Auseinandersetzungen des Juristen hier umschreiben:

„In Anknüpfung an den Satz, es sei der gesetzliche Erbtheil zu vindiciren, möchte man meinen (itaque dici posse tentem —), die Präterirte könne, indem sie das ganze Vermögen kraft gesetzlicher

[18]) Es ist das Verdienst von Bekker (Actionen I S. 279 ff.), daß er diese processualische Behandlung der im Legisactionenproceß in Verbindung mit der hereditatis vindicatio verhandelten Querel zuerst in's Klare gestellt hat; einzelne Punkte, bei denen ich abweichen möchte, werden im § 48 zur Sprache kommen. Wenn Bekker die l. 19 h. t. nicht vom Standpunkt jener Auffassung aus zu erklären versucht hat, so liegt dies wohl nur daran, daß er in der Stelle von vorn herein ein Zeugniß für das gesonderte Vorkommen der Querel gesehen hat.

Erbberechtigung in Anſpruch nehme, ſich das Ganze verſchaffen, als ob ihre Schweſter die geſetzliche Erbfolge ausgeſchlagen habe[19]). Allein aus doppeltem Grunde iſt dieſer Gedanke zu verwerfen. Einmal darf die Uebergangene gegenüber der Schweſter (die doch gleichfalls Notherbin iſt) mit der Klage wegen pflichtwidrigen Teſtaments nicht gehört werden. Sodann iſt es aber auch nicht wahr, daß in der Annahme der teſtamentariſchen Erbfolge ein Ausſchlagen der geſetzlichen läge[20]). Aus dem Einen wie Andern ergibt ſich, daß die Präterirte gegen den eingeſetzten Extraneus zu klagen und dieſem die Hälfte der Erbſchaft abzufordern hat (die ganze ihr gebührende Hälfte nach den Grundſätzen bei der Erbſchaftsklage des Theilerben[21]). Demnach wird das Teſtament nicht im vollen Umfange entkräftet, vielmehr tritt trotz des color insaniae nur zu einem Theile geſetzliche Erbfolge ein."

Ich wiederhole: nach dem ganzen Zuſammenhange dieſer Ausführung bezieht ſich der an die Spitze geſtellte Ausſpruch: filia praeterita id vindicare debet cet. beſtimmt auf die Querel. Denn nur von dieſer handeln die zwei folgenden mit jenem Ausſpruch in engſter Verbindung ſtehenden Sätze:

a. das itaque dici potest (dici posse tentem), — *si totam hereditatem ab intestato petat* —, solam habituram universam successionem,

wie dies die darauf zurückweiſende Bemerkung lehrt:

sed non est admittendum, ut adversus sororem audiatur *agendo de inofficioso*;

b. der Satz: et ideo ab extraneo *semissem* vindicandum —.

Das zeigt die daraus gezogene, ohne Zweifel auf die Querel bezügliche Folgerung:

---

[19]) Daß die Römer nicht ohne Weiteres die Frage als müßig anſahen, ob nicht in der Antretung auf Grund des Teſtaments ein Ausſchlagen der geſetzlichen Erbfolge liege, beweiſt die l. 97 D. de A. v. O. H. 29. 2. (Hartmann S. 16 a. E.). Freilich hat Paulus die Frage verneint, l. 8 D. de H. P. 5. 3. Vergl. noch Pompon. l. 77 D. de A. v. O. H. 29. 2.

[20]) Die Worte „praeterea dicendum est non esse similem *omittenti* cet." wollen offenbar nur die Auffaſſung zurückweiſen, welche kurz zuvor die Wendung „quemadmodum si altera *omisisset* legitimam hereditatem" angedeutet hatten. Dies ſcheint Hartmann S. 16 überſehen zu haben.

[21]) l. 1 § 3 D. si pars 5. 4. l. 8 D. de R. V. 6. 1. Uebereinſtimmend die Behandlung der bon. poss. contra tabulas des Patrons, l. 10. l. 34 D. de bon. libert. 38. 2. Dazu Schmidt, Pflichtth.-R. S. 90 Anm. 156.

secundum quod *non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte intestata efficitur* —.

Diese beiden Sätze sind überdies inhaltlich und selbst dem Ausdruck nach mit dem erwähnten streitigen Ausspruche (filia praeterita id vindicare debet cet.) völlig gleichartig: wie sie, ist also auch dieser auf die Pflichttheilsklage zu beziehen.

Einen nicht geringen weiteren Beweis für die Richtigkeit dieser Auslegung entnehme ich der l. 17 pr. D. eod., einer Stelle, die ausweislich der Inscription (Paul. lib. II. quaestion.) ursprünglich mit l. 19 cit. ein Ganzes gebildet hat. Paulus stellt hier den Satz an die Spitze, daß der Notherbe, der in der Absicht zu verzichten die Querel nicht erhebt, beim Anspruch des Mitpflichttheilsberechtigten nicht mitgezählt wird[22]). Hätte nun ein solcher Mitberechtigter die Aufhebung des ganzen Testaments erwirkt, so hätte er die ganze Erbschaft formell mit Unrecht in Anspruch genommen (universam hereditatem non recte vindicasset), da ja in Folge jener Aufhebung auch der Andere (der Verzichtende) zur gesetzlichen Erbfolge gelangte. Trotzdem soll sich der Notherbe, welcher geklagt hat, auf die für ihn ergangene rechtskräftige Entscheidung berufen können[23]).

Uns interessirt hier nur das „universam hereditatem non recte vindicasset". Dies geht entschieden, wie der Hinweis auf das rechtskräftige Erkenntniß lehrt, auf die mit der Querel verbundene, nicht auf eine dieser nachfolgende Vindication der Erbschaft. Kann nun wohl Paulus wenige Zeilen weiter — im Eingang der l. 19 cit. — ein andres Verhältniß im Sinne gehabt haben, wenn er sagt: filia praeterita *id vindicare debet, quod intestata matre habitura esset?*

Ich komme zum zweiten Theil der Stelle. Hat die Erörterung des ersten Theils zu dem Ergebniß geführt, daß der Jurist eine in Verbindung mit der Vindication der Erbschaft eingebrachte Querel im Auge hat, so zeigt der zweite, daß noch zur Zeit des Paulus der Ausspruch über die Querel vor der Entscheidung über die Erbschaftsklage erging. Die Worte sind:

— ceterum si quis putaverit filia optinente totum testamentum infirmari, dicendum est etiam institutam ab intestato posse adire

---

[22]) Die Stelle wird bei der Anwachsung im Pflichttheilsrecht nochmals besprochen werden. Vergl. einstweilen Bas. 39. 1. 14 schol. 1. Francke S. 258 f. S. 271. Hartmann S. 18.

[23]) Gegen den Testamentserben. Vergl. Hartmann a. a. O.

hereditatem: nec enim quae ex testamento adiit, quod putat valere, repudiare legitimam hereditatem videtur, quam quidem nescit sibi deferri — [24]). ex quibus apparet non recte totam hereditatem praeteritam vindicare, cum rescisso testamento etiam institutae salvum jus sit adeundae hereditatis.

Dieſe Ausführungen haben Hartmann (S. 15 f.) zu der Annahme veranlaßt, daß Paulus im Widerſtreit mit dem Princip der Rechtskraft dem Spruch auf die Querel inſoweit, als dieſe ſich gegen die eingeſetzte Tochter gewendet hatte, die Kraft verſage, das Teſtament aufzuheben. Allein zur Annahme einer ſolchen höchſt auffälligen Entſcheidung ſind wir nicht veranlaßt. Allerdings wendet ſich Paulus jetzt zu dem in den erſten Worten der l. 19 angedeuteten Rechtsfalle, wonach die Querel den in der erſten Hälfte der Stelle ausgeführten Grundſätzen entgegen nicht allein wider den Extraneus, ſondern zugleich wider jene Tochter eingeleitet war. Allein er betrachtet dieſen Fall in der Lage, wo vorerſt nur über die Querel erkannt iſt, während über die zugleich mit derſelben als *legis actio* verhandelte Erbſchaftsklage die Entſcheidung noch ausſteht. Nimmt man nun an, ſo wird bemerkt, daß (auf die ungehörig angebrachte Querel) das Teſtament in ſeinem ganzen Umfange vernichtet werde, ſo muß man zugeſtehen, daß nun auch die eingeſetzte Tochter kraft ihrer geſetzlichen Erbberechtigung, bezüglich deren ein Ausſchlagen überall nicht vorliegt, antreten kann. Und eben da nach Beſeitigung des Teſtaments auch jene Tochter erwerben kann, ſo ergibt ſich, daß die präterirte Tochter mit Unrecht die ganze Erbſchaft vindicirt hat.

[24]) Nur in loſem Zuſammenhange mit der Deduction des Juriſten ſtehen die im Text ausgelaſſenen Worte: — cum et hi qui sciant jus suum, eligentes id quod putant sibi competere, non amittant. quod evenit in patrono, qui judicium defuncti falsa opinione motus amplexus est: is enim non videtur bonorum possessionem contra tabulas repudiasse. Paulus will hervorheben, daß man unter Umſtänden ſelbſt bei voller Kenntniß davon, daß ſich zwei einander ausſchließende Erwerbsmöglichkeiten darbieten, durch die Entſcheidung für die eine die andre nicht nothwendig verſcherzt. Er verweiſt auf den Patron, der ſich die ihm im Teſtament des Freigelaſſenen ausgeſetzte Zuwendung als Abfindung für den Pflichttheil hat genügen laſſen wollen. Wenn ſich hier in der Folge ergibt, daß die Abfindung dem Patron weniger, als erwartet werden konnte, oder gar nichts gewährt hat, ſo iſt demſelben die Thatſache des Verzichts auf die bon. poss. contra tabulas nicht entgegenzuhalten: l. 8 pr. § 1. l. 46 D. de bon. libert. 38. 2. Mühlenbruch 35 S. 431 Anm. 84. Schmidt a. a. O. S. 56 f. Anm. 67.

Die vom Juristen nicht ausgesprochene Consequenz ist, daß die Centumvirn noch immer die Erbschaftsklage wegen Zuvielforderung völlig abweisen mußten[25]).

Es leuchtet jetzt von selbst ein, warum wir oben (S. 405) bei dem „si totam hereditatem petat" das in der Florentiner Handschrift hinzugefügte „et optineat" mit Windscheid als Glossem zurückgewiesen haben[26]). Paulus nimmt in dem soeben besprochenen zweiten Theile die im ersten gemachte Aeußerung zurück, daß die präterirte Tochter sich die ganze Erbschaft verschaffen könne, indem sie ihrer Vindication diesen Umfang gebe. Was er aber dabei über den Verlauf äußert, den die Vindication zu nehmen hat, selbst wo auf die Querel das Testament vollständig beseitigt ist, läßt sich wie gezeigt nur aus einer Lage des Streits erklären, bei welcher nur erst über das Testament, nicht auch über die Erbschaft ein Erkenntniß ergangen ist.

Ergebniß der Betrachtung der l. 19 D. cit. ist dies: die Stelle beweist zwar nicht das gesonderte Vorkommen der Querel, aber sie zeigt, daß Letztere auch bei der Verbindung mit der Erbschaftsklage als selbständiger Anspruch behandelt wurde.

2. Für eine bestimmte, freilich eng bemessene Anwendung liegt das selbständige Auftreten der Querel deutlich in den Quellen zu Tage. Zunächst spricht dafür die unter A. (S. 401 ff.) behandelte l. 7 § 1 D. de H. P. 5. 3. Wie schon bemerkt wurde, soll nach Pius der im Besitz der Erbschaft befindliche Pflichttheilsberechtigte nicht angriffsweise mit der Querel gegen den auf das Testament gestützten nicht besitzenden Erbprätendenten (den Licinnianus) vorgehen können. Dabei wird dann angedeutet, daß umgekehrt dieser Testamentserbe die Frage der Inofficiosität sehr wohl wenigstens mittelbar zum Austrag bringen könne. Der einzuschlagende Weg ist dieser: der Testamentserbe greift den besitzenden gesetzlichen Erben mit der Erbschaftsklage an, der Beklagte aber tritt dem Anspruche mit dem Antrage auf Beseitigung des Testaments entgegen[27]). Ganz in dieser Weise beschreibt das Verfahren Ulp. l. 8 § 13 D. h. t.

---

[25]) Vergl. Hartmann S. 17 Anm. 2.

[26]) Wie Stephanus gelesen hat (vergl. das oben Anm. 16 erwähnte Scholium), ist wegen des μέρος καταλύσασα τῆς διαθήκης sehr fraglich.

[27]) Vergl. *Cujac.* rec. in Dig. V. 3 l. 7 (VII. 217 f.). *Schulting* not. ad Dig. ad h. l.

Si filius exheredatus in possessione sit hereditatis, scriptus quidem heres petet hereditatem, *filius vero in modum contradictionis querellam inducat*, quemadmodum ageret, si non possideret, sed peteret.

Noch heutzutage ſpricht man dabei vielfach von exceptiviſcher Geltendmachung der Querel[28]: die Auffaſſung der Quellen iſt das, wie ſchon von andrer Seite hervorgehoben worden iſt, gewiß nicht[29]. Weder die Zuweiſung an den Einzelgeſchwornen noch die damit gegebene Beſchränkung der Rechtskraft auf die Parteien und den im Streit befangenen einzelnen Gegenſtand entſpricht dem Weſen der Querel; vielmehr liegt ein Gegenangriff des Beklagten vor, über den gewiß wie bei der gewöhnlichen Querel die Centumvirn erkannten, und deſſen Anerkennung im Urtheil das Teſtament völlig vernichtete.

Uebrigens liegt es auf der Hand, daß dieſe ſcharf begrenzte Anwendung, bei welcher zudem der nächſte Zweck die Beſeitigung des vom Teſtamentserben ausgehenden Angriffs bleibt, für ſich allein einen Schluß auf eine weitere Verwendung der ſelbſtändigen Querel nicht würde begründen können.

3. Für eine größere Ausdehnung ſprechen zwei freilich nicht völlig beweiskräftige Stellen.

Nach l. 20 D. h. t. ſoll ein Kind des Erblaſſers, welches ſich auf die Querel angewieſen ſieht, zur Carboniana bon. possessio nicht zugelaſſen werden, wenngleich ſeine Kindeseigenſchaft beſtritten iſt.

Der Grund lautet:

— totiens enim ea indulgenda est (sc. Carboniana bon. possessio), quotiens, si vere filius esset, heres esset aut bonorum possessor, ut interim et possideat et alatur et *actionibus praejudicium non patiatur:* qui vero de inofficioso dicit, nec actiones movere debet *nec aliam ullam quam hereditatis petitionem exercere* —.

Scävola ſpricht jenem Deſcendenten alle (perſönlichen) actiones ab, ebenſo alle (dinglichen) petitiones mit Ausnahme der Erbſchaftsklage: hat er nicht damit letzteren Anſpruch als einen von der Que-

[28]) Vergl. Francke, Commentar S. 123 z. A. Fitting, das castrense peculium S. 233.

[29]) Brinz II S. 838. Hartmann S. 19. Uebereinſtimmend wohl auch Windſcheid III § 584, Text bei Anm. 15a.

rel verschiedenen bezeichnet? Eine erhebliche Wahrscheinlichkeit spricht jedenfalls dafür: der Jurist hätte sich schwerlich der umständlichen Schlußbemerkung bedient, wenn er jedes Rechtsmittel außer der Querel versagen wollte. Trotzdem ist volle Gewißheit über die Frage nicht zu gewinnen; man kann auch übersetzen: der Querelberechtigte kann keine andere Klage erheben, als eben die Erbschaftsklage, die zugleich als Mittel zur Anfechtung des Testaments dient[30]).

In den rec. sententiae des Paulus — IV. 5 § 4 — findet sich die folgende abgerissene Aeußerung[31]):

Qui inofficiosum dicere potest, hereditatem petere non prohibetur.

Unter den mannigfachen Auslegungsversuchen[32]) sind zwei hervorzuheben. Nach Klenze und Arndts soll Paulus sagen, neben der Querel gegen den Testamentserben könne sogleich die Erbschaftsklage gegen einen dritten Besitzer erhoben werden, doch bleibe deren Entscheidung ausgesetzt. Huschke und Hartmann finden in der Stelle den Ausspruch, der Pflichttheilserbe könne bei vorliegender Möglichkeit, das Testament nicht allein als pflichtwidrig, sondern auch etwa mit der Behauptung seiner Ruption oder sonstiger Ungültigkeit anzufechten, zwischen der Querel und der den letzteren Ungültigkeitsgründen entsprechenden Klage wählen[33]). Indessen muß die erste Ansicht das Vorhandensein eines dritten zu belangenden Besitzers, die zweite das eines weiteren Klaggrundes in den knappen Ausspruch des Paulus hineintragen. Einfacher scheint mir die folgende Auffassung. An sich hat der Querelberechtigte noch keine gegenwärtige Erbberechtigung, da die gesetzliche Erbfolge erst mit der Beseitigung des Testaments deferirt wird. Allein indem dem Testament der Anstrich eines im Wahnsinn errichteten letzten Willens gegeben wird, hat es das Recht möglich gemacht, daß gleichzeitig mit der Querel der Anspruch auf Herausgabe der Erbschaft eingebracht wird.

Nach der ersten wie dritten der hier vorgetragenen Auffassungen

---

[30]) In der That haben sich beide Parteien gleichmäßig auf die l. 20 cit. berufen. Vergl. z. B. *Donellus*, comment. de jure civ. lib. 19 c. 3 n. 3. Glück VII S. 360 bei Anm. 1, — anderseits Accurs. glo. exercere ad h. l. *Klenze* a. a. O. S. 5 f.

[31]) Zu der Stelle namentlich Klenze S. 7 f. Hartmann S. 12 f. Bei Beiden weitere Litteratur.

[32]) Uebersicht und Nachweise bei Hartmann a. a. O.

[33]) Vergl. dazu l. 8 § 12 D. de inoff. 5. 2. l. 14 C. eod. 3. 28.

beſitzen wir in der Stelle ein Beweismittel für die behauptete ſelbſtändige Natur der Querel; weit weniger kann ſich die zweite — wie es bei Hartmann geſchieht — auf ſie berufen. — Immer vermag dieſe Sentenz nicht vollſtändig zu überzeugen: es gilt von nicht wenigen abgeriſſenen Aeußerungen der Quellen von der Art der vorliegenden, daß ſie eine ſichere Beſtimmung der Meinung ihrer Verfaſſer nicht ermöglichen.

4. Mehrfach wird auch l. 6 § 1 D. h. t. hierher gezogen[34]). Ulpian beſpricht den Fall, wo ein nicht zur geſetzlichen Erbfolge Berufener zufällig mit der Querel die Aufhebung des ganzen Teſtaments durchgeſetzt hat: hier gereicht die Entſcheidung, da Inteſtaterbfolge eintritt, nicht dem Sieger, ſondern dem geſetzlichen Erben zum Nutzen. Nach den Worten der Stelle beſteht allerdings die Möglichkeit, daß der Juriſt auch an Fälle dachte, in welchen nur erſt das Teſtament vernichtet, nicht auch ſchon die Erbſchaft den Teſtamentserben abgefordert iſt. Allein wenn man ſo interpretirt, ſo gewinnt man nicht eigentlich der Stelle ein Argument für die diesſeitige Anſicht ab, ſondern man trägt eher die Entſcheidung der Controverſe in die Worte des Juriſten hinein.

Auf die jetzt beſprochenen Fragmente beſchränken ſich die äußeren Zeugniſſe für unſern Satz; dieſelben gewähren keinen vollen Beweis, ſie finden aber ihre Ergänzung in einzelnen allgemeineren Gründen, die ich hier vorlege:

5. Von Bedeutung iſt ſchon der Sprachgebrauch der Römer: in einer ganzen Reihe auf die Querel bezüglicher Wendungen iſt mit voller Deutlichkeit die Erfaſſung der Klage als eines Rechtsmittels ausgeprägt, deſſen Aufgabe lediglich die Aufhebung des Teſtaments auf Grund feſtgeſtellter Liebloſigkeit iſt. Dahin gehört, daß das Verfahren über die Querel ein judicium de testamento[35]), ein de testamento cognoscere heißt[36]), der Spruch ein pronuntiare secundum oder contra testamentum[37]), ein judicium

[34]) So bei Hartmann S. 17 f. Windſcheid III § 584 Anm. 13.

[35]) l. 7 § 1. 2 D. de H. P. 5. 3. Vergl. auch l. 14 pr. D. de appell. 49. 1: — perlusorio judicio actum — adversus testamentum —.

[36]) l. 7 pr. D. de H. P. 5. 3. l. 14 pr. D. de appell. 49. 1.

[37]) l. 8 § 16. l. 22 § 1. l. 29 pr. D. h. t. Vergl. dazu l. 26 D. eod. l. 4 C. eod. (inofficiosum testamentum pronuntiare), — l. 17 § 1 h.: — contra testamentum ut inofficiosum judicatur —. l. 10 pr. D. h. t. — contra testamentum, — secundum id sententiam dare.

ultimum damnare[38]); der Kläger bringt eine accusatio testamenti an[39]), sein Antrag ist ein arguere testamentum[40]), und wie bei der accusatio wird von einem inofficiosam querellam deferre[41]), bei Durchsetzung der Querel von einem perferre quaestionem oder actionem inofficiosi testamenti gesprochen[42]), endlich der Widerspruch des Testamentserben heißt defendere tabulas testamenti[43]).

Jedenfalls zeigen alle diese Ausdrücke, daß die römische Welt mit voller Schärfe die eigenthümliche Aufgabe der Querel erfaßt hatte: sollte man dennoch den Schritt unterlassen haben, sie auch in einer lediglich dieser Aufgabe dienenden Gestalt praktisch zu verwerthen?

6. Wichtiger, ja durchschlagend ist der aus dem Beginn der Verjährungsfrist abzuleitende Beweisgrund: Justinian spricht sich in zwei Constitutionen dahin aus, daß die fünfjährige Frist vom Erbschaftsantritt des Testamentserben laufen soll[44]). Wäre die Querel wesentlich Klage auf Herausgabe der Erbschaft, so könnte die Verjährung erst von der Besitzergreifung an gerechnet werden. Wie wenig aber an diesen Zeitpunkt gedacht wurde, zeigt die in l. 36 § 2 C. h. t. enthaltene Nachricht von einem Streit der römischen Juristen über diese Frage. Danach vertrat Ulpian die von Justinian gebilligte Ansicht, während Modestin die Verjährung schon mit dem Tode des Erblassers beginnen lassen wollte: von einer dritten Meinung, welche den Zeitpunkt der Besitzergreifung betont hätte, ist überall nicht die Rede.

7. Nach den bisher zusammengestellten Beweisen kommen die Quellen der Annahme einer selbständigen Natur der Querel, vermöge deren diese völlig von der Erbschaftsklage gesondert und lediglich auf die Beseitigung des letzten Willens gestellt werden kann, ohne Frage entgegen. Es ist nun noch auszuführen, daß in der That das Bedürfniß eines solchen Rechtsmittels besteht: zu dem Ende sind hier kurz die Ergebnisse der im § 48 anzustellenden Untersuchung vor-

[38]) l. 19 D. h. t.

[39]) l. 6 § 2. l. 7. l. 17 pr. l. 22 pr. § 1. l. 27 pr. l. 29 § 2. l. 31 pr. § 3. l. 32 pr. § 1 D. h. t. l. 8 § 1. l. 11 C. eod. l. 1. 2 C. Greg. eod. (Haen. c. 14. 15).

[40]) l. 28. l. 31 § 2 D. h. t. Paul. IV. 5 § 3. Quintil. declam. 264.

[41]) l. 14 C. h. t. Vergl. Val. Max. VII. 7. 5.

[42]) l. 16 § 1 D. h. t. l. 76 pr. D. de legat. II° (31). Vergl. Demelius, Unters. S. 33 ff.

[43]) Valer. Max. VII. 7. 2.

[44]) l. 34 in f. l. 36 § 2 C. h. t. 3. 28.

wegzunehmen. Dort iſt zu zeigen, (a.) daß die Inofficioſität nicht nur gegen Erbſchaftsbeſitzer ohne teſtamentariſche Erbberechtigung, ſondern auch gegen Vermächtnißnehmer geltend gemacht werden kann. — Ferner iſt anzuerkennen, (b.) daß gegen die genannten Erbſchaftsbeſitzer oder doch gegen Vermächtnißnehmer vorerſt eine lediglich auf theilweiſe Vernichtung des letzten Willens abzielende Querel eingebracht werden kann, ſo daß nach Durchführung dieſes Rechtsſtreits auf die beim Beklagten befindlichen Theile der Erbſchaft geſondert geklagt wird. (Vergl. § 48 unter I a.) — Indeſſen iſt die Klage unter a. und b. zu verſagen, wenn die gegenwärtige Möglichkeit beſteht, die Querel gegen den Teſtamentserben anzuſtellen: es iſt hier geboten, (c.) daß dieſer Erbe belangt werde, wenngleich er nicht im Beſitz iſt. Eine ſolche Klage aber hat lediglich die Aufgabe, einen auf Aufhebung des Teſtaments lautenden Spruch herbeizuführen.

Demnach begegnet eine von der Erbſchaftsklage getrennte Querel unter a. bei den Vermächtnißnehmern, ebenſo unter b. und c. Die beiden erſten Fälle — a und b — beſpreche ich im § 48, die Bedeutung des Falls c — Querel gegen den nicht beſitzenden eingeſetzten Erben — iſt ſchon jetzt darzulegen.

Unverkennbar entſpricht die Klage gegen den Teſtamentserben den Intereſſen des Notherben weit eher, als eine Querel gegen dritte vermeintlich Berechtigte, welche ſich nicht auf das Teſtament berufen. Schon im § 46 bei Anm. 25 iſt bemerkt, daß der im Teſtament Eingeſetzte, oder wer rechtlich an deſſen Stelle getreten iſt, allein zur Vertheidigung des Teſtaments berufen und geeignet iſt. An dieſen Satz knüpft ſich eine wichtige Unterſcheidung. Das Urtheil auf die Querel reicht in ſeinen Wirkungen über die regelmäßigen Grenzen der Rechtskraft hinaus: in Folge der Reſciſſion des Teſtaments fallen auch die durch die Erbeseinſetzung bedingten Nebenverfügungen zuſammen, insbeſondere die Vermächtniſſe und Freiheitsertheilungen; indem ferner der Notherbe das Vermögen als geſetzlicher Erbe erwirbt, tritt er mit Ausſchluß des Teſtamentserben in alle erbſchaftlichen Forderungen wie Schulden ein[45]). Endlich iſt auch der Satz

[45]) Arg. l. 17 § 1 D. h. t. Cum contra testamentum ut inofficiosum judicatur, *testamenti factionem habuisse defunctus non creditur;* non idem probandum est, si herede non respondente secundum praesentem judicatum sit: hoc enim casu *non creditur jus* ex sententia judicis *fieri:* et ideo libertates competunt et legata praestantur. Vergl. auch l. 14 pr. D. de appell. 49. 1.

in seine Consequenzen verfolgt, daß das auf Aufhebung des Testaments lautende Urtheil die gesetzliche Erbfolge begründet: danach sollen die nächsten Intestaterben sich auf das von einem Nichtberechtigten gegen das Testament erstrittene Erkenntniß berufen können[46]). Eine so ausgedehnte Wirksamkeit kommt indessen der Querel nur zu, wenn diese gegen den Testamentserben gerichtet ist, — also z. B. nicht bei der Belangung eines Erbschaftsbesitzers, dem der letzte Wille des Erblassers nicht zur Seite steht[47]).

Dieser Satz soll unter Anknüpfung an die l. 7 pr. § 1 D. de H. P. 5. 3 im § 48 ausgeführt werden; schon jetzt aber ist hervorzuheben, daß wir für denselben eine treffende Analogie in den Statusklagen besitzen[48]). Sowohl beim Streit über Freiheit und Ingenuität wie bei dem andern über den durch ein Familienverhältniß bedingten Stand reicht die Rechtskraft des Erkenntnisses über die Parteien hinaus, sofern der Gegner des in seiner Rechtsfähigkeit Angegriffenen ein *justus contradictor* war (der Herr oder Patron, — der Inhaber der väterlichen Gewalt): das Urtheil wirkt hier auch für und gegen Dritte, welche untergeordnete, von dem streitig gewesenen Standesverhältniß abhängige Rechte geltend zu machen haben[49]). Darum heißt es, ähnlich wie bei der Querel (Anm. 45): res judicata pro veritate accipitur, jus facit[50]); nur solchen Personen, welche gleiches Recht mit dem früheren Proceßgegner in Anspruch nehmen, steht das Erkenntniß nicht entgegen[51]). — Während aber bei den beiden zuerstgenannten Statusverhältnissen nur der Herr oder Patron als

---

Wegen der Wirkungen einstweilen l. 8 § 16. l. 28 D. h. t. 5. 2. l. 36 D. de legat. III° (32); l. 8 § 16 cit. l. 15 § 2 D. h. t.; l. 21 § 2 D. eod.

[46]) l. 6 § 1 D. h. t. Vergl. auch l. 19 D. eod.

[47]) Ein weiterer Fall der beschränkten Wirkung des Urtheils ist dieser: Ist das gegen den Testamentserben ergangene Erkenntniß ein Contumacialurtheil, so thut dasselbe den Rechten der Vermächtnißnehmer wie der im Testament Freigelassenen keinen Eintrag: l. 17 § 1. l. 18 D. h. t. l. 14 § 1 D. de appell. 49. l. — Vergl. § 50, Text bei Anm. 22 und 23.

[48]) Vergl. zum Folgenden die Darstellung bei Bethmann-Hollweg, röm. Civ.-Proc. II S. 330—343. S. 652 unter 3.

[49]) Vergl. z. B. l. 24 § 4 D. de liber. causa 40. 12. l. 3. 5 C. de ord. cognit. 7. 19; l. 3 C. de ingen. man. 7. 14; l. 1 § 16 — l. 3 pr. D. de agnosc. lib. 25. 3.

[50]) l. 25 D. de statu hom. 1. 5. l. 3 pr. D. de agnosc. lib. 25. 3.

[51]) l. 9 pr. § 1. l. 42 D. de liber. caus. 40. 12; l. 1. l. 5 D, si ingen. esse dic. 40. 14.

Proceßgegner zugelaſſen wird, iſt der Streit über den status familiae nicht an den Gewalthaber gebunden: er kann auch von ſonſtigen Perſonen anhängig gemacht werden, welche ein Intereſſe an der Anfechtung jenes Rechtszuſtandes haben [52]). Hier jedoch wirkt die Rechtskraft des Erkenntniſſes nur unter den Parteien.

Haben wir nach allem Dieſem zu behaupten, daß die Querel gegen den Teſtamentserben ohne Rückſicht auf deſſen Beſitz ertheilt wird, ſo iſt zu wiederholen, daß in dieſer Anwendung die Klage nur Aufhebung des Teſtaments bezweckt, damit die am Schluß des § 46 dargelegte Natur einer civilen Reſtitution gegen das Teſtament und die auf Grund deſſelben eingetretene Erbfolge rein zum Ausdruck bringt. Zwar hat man auch hier dem durch das Teſtament Berufenen mit Rückſicht auf die zum Nachlaß gehörigen Klagen einen Erbſchaftsbeſitz beizulegen verſucht; aber dieſe Anſicht hat ihre Zurückweiſung durch die Gegenbemerkung gefunden, daß mit dem rechtskräftigen Spruch auf die Querel jene Klagen ohne Weiteres in der Perſon des Teſtamentserben hinfällig werden und in der Perſon des Notherben zur Entſtehung kommen. Dieſelben ſind danach unmöglich ein geeigneter Gegenſtand für eine qualificirte Erbſchaftsklage, wie man ſolche in der Querel finden will [53]).

Eingeſchränkt wird der hier unter 7 aufgeſtellte Satz, daß die Querel auch gegen den nicht beſitzenden eingeſetzten Erben ertheilt wird, durch die andre oben unter A in Anknüpfung an die l. 7 § 1 D. de H. P. 5. 3 entwickelte Regel, daß dem beſitzenden Notherben, ſoweit ſein Beſitz reicht, keine Klage gegen den nicht im Beſitz befindlichen Teſtamentserben zuſteht.

§ 48.

Fortſetzung. **(Querel gegen ſolche Beſitzer von Theilen der Erbſchaft, die nicht Teſtamentserben zu ſein behaupten. — Querel bei Ausſchließung aus Irrthum).**

I. Gibt es eine Querel des Notherben gegen einen Erbſchaftsbeſitzer, der ſich teſtamentariſche Erbberechtigung nicht beilegt, — ferner gegen Vermächtnißnehmer und ſonſtige Perſonen, die zwar aus dem Teſtament, aber nicht ver-

[52]) l. 1 § 7. 10. l. 3 § 7. 11 D. de Carbon. edict. 37. 10. l. 2 C. de ord. cognit. 3. 8.

[53]) Vergl. einerſ. Mühlenbruch 35 S. 361 Anm. 39, — anderſ. Arndts II S. 579 Anm. 95. Hartmann S. 10.

möge einer Erbeseinsetzung berechtigt zu sein behaupten? Die Stellung, die wir der Frage gegenüber einnehmen, wurde schon gegen das Ende von § 47 angedeutet. Als Regel muß gelten, wegen der in der Querel ausgeprägten, auf die Beseitigung des letzten Willens gerichteten Zweckbestimmung, daß der Anspruch gegen die Testamentserben, als die naturgemäß zur Vertheidigung des Testaments berufenen Personen, erhoben wird. Indessen ist leicht zu erkennen, daß damit dem Interesse des Notherben nicht in allen Fällen Genüge geschieht. Zwar den Fall darf man nicht hieher zählen, wo der Testamentserbe die Antretung verzögert; hier sind die durch l. 36 § 2 C. h. t. begründeten Maßregeln zu ergreifen, um eine Erklärung des Erben über den Erwerb herbeizuführen. Anders aber ist es, wenn derselbe nach der Antretung, damit in der Zeit nach entstandener Querel, ohne Erben verstirbt, sein Nachlaß auch vom Fiscus nicht erworben wird. Daß es in einem solchen Falle und in ähnlichen Fällen einer Unmöglichkeit, den Querelstreit gegenüber dem Testamentserben zum Austrag zu bringen, dem Notherben dringend erwünscht sein muß, die im Eingang genannten dritten Personen unmittelbar angreifen zu können, fällt in die Augen. Wollte er aber mit der gewöhnlichen Erbschaftsklage vorgehen, so würde seine Berufung auf gesetzliche Erbberechtigung der Gegenbehauptung des Beklagten begegnen, daß ein Anderer zufolge Testaments des Erblassers Erbe geworden sei: es muß ihm daher, soll dem dargelegten Bedürfniß entsprochen werden, auch in dieser Anwendung ein Rechtsmittel zur Verfügung gestellt werden, welches das Testament als pflichtwidrig angreift und in Verbindung damit seiner Erbberechtigung, soweit es sich um die dem Dritten abzufordernden Vermögensstücke handelt, Wirksamkeit verleiht. Das ist nichts Anderes, als eine besondere Anwendung der Querel: dieser aber stellt sich das Bedenken entgegen, daß gegenüber einem Beklagten, wie wir ihn voraussetzen, keine Aufhebung des Testaments im Ganzen erzielt werden kann: nur bezüglich der geforderten Gegenstände und etwa — bei Vermächtnissen und Freiheitsertheilungen — der zu Gunsten dieses Beklagten getroffenen letztwilligen Verfügung läßt sich eine Beseitigung des letzten Willens denken.

Dieser ihrer Beschränktheit ungeachtet muß die Klage für zulässig erachtet werden: es ist von vorn herein nicht glaublich, daß das Recht den Notherben trotz des entschieden für ihn sprechenden Be-

dürfnisses ohne Hülfe gelassen haben sollte. — Versuchen wir indessen, aus den Quellen eine Antwort auf die Frage zu gewinnen.

Zwei hier kurz zu berührende Stellen, in denen man einen Anhalt suchen könnte, bieten einen solchen in Wahrheit nicht:

a. In *l. 20 D. h. t.*, einer schon im § 47 unter B. 3 besprochenen Stelle, wirft Scävola die Frage auf, ob ein Unmündiger, dem die Eigenschaft eines Kindes des Erblassers streitig gemacht wird, und der sich zugleich gegenüber dem Testament auf die Inofficiositätsquerel angewiesen sieht, zur bon. possessio aus dem Carbonianischen Edict zuzulassen ist. Dies wird verneint: hervorgehoben wird dabei neben Anderm, eine solche bonor. possessio solle auch dazu dienen, den Berechtigten gegen Verluste an den erbschaftlichen Klagen zu sichern, wer aber die Querel anzustellen habe, könne weder persönliche Klagen des Nachlasses erheben, noch irgend eine dingliche Klage außer der *hereditatis petitio*. — Hätte die Stelle für unsre Frage Bedeutung, so könnte diese nur in der Ausschließung der gesuchten Klage bestehen: allein auf die l. 20 cit. kann kein Gewicht fallen.

Dies leuchtet ohne Weiteres ein, soweit ein dritter Erbschaftsbesitzer, wie wir ihn oben beschrieben, belangt werden soll. Mag es auch zweifelhaft sein (vergl. § 47 unter B. 3), ob die am Schluß der l. 20 cit. genannte „hereditatis petitio“ von der Querel verschieden ist: immer ist doch die von uns in's Auge gefaßte Klage gegen den genannten Erbschaftsbesitzer nach der Stelle zulässig. Denn ein Anspruch auf eine wie immer beschränkte Beseitigung des letzten Willens wegen Pflichtwidrigkeit muß als Querel bezeichnet werden, und daß dieser Anspruch in Verbindung mit der Erbschaftsklage auftrete, wird durch den Inhalt der l. 20 cit. nicht gehindert.

Zweifelhafter findet man es vielleicht, ob auch eine Klage gegen einen Vermächtnißnehmer (daneben bei den Römern gegen den, welcher sich auf Grund des Testaments die Freiheit zuschrieb) mit den Worten der l. 20 cit. verträglich ist. Auch hier jedoch ist zu sagen: ein Anspruch auf beschränkte Rescission des als pflichtwidrig angegriffenen Testaments muß Querel sein, es wäre also unter allen Umständen der l. 20 cit. gegenüber unbedenklich, daß der Notherbe vor der Hand bloß Rescission der zu Gunsten des Beklagten vorliegenden Verfügung des letzten Willens beantragte. Wäre diese aber vom Richter ausgesprochen, so müßte doch auch die Ver-

folgung des einzelnen erbschaftlichen Rechts, das nicht mehr wirksam durch die beseitigte Verfügung gedeckt wäre, zulässig sein. — Uebrigens wird sich unten aus l. 7 D. de H. P. 5. 3 darthun lassen, daß der Notherbe sogar ohne Weiteres aus dem erbschaftlichen Einzelrecht klagen und gegenüber dem auf den letzten Willen gestützten Einwurfe die Frage der Pflichtwidrigkeit desselben zum Austrag bringen kann.

b. Noch weniger erheblich als das jetzt besprochene Fragment ist die l. 49 D. de H. P. 5. 3. Papinian gewährt für die Dauer des Erbschaftsprocesses dem redlichen Besitzer die Verfolgung der erbschaftlichen obligatorischen wie dinglichen Ansprüche; dem Kläger werden ausdrücklich nur die Letzteren zugetheilt, es ist aber nicht zu erkennen, warum ihm nicht auch die Forderungsklagen zustehen sollten [1]). An diesen Ausspruch kann sich unsre Untersuchung nicht anlehnen, wir setzen voraus, daß außerhalb des an das Testament anknüpfenden Erbschaftsstreits vom Notherben Ansprüche gegen dritte Personen verfolgt werden sollen. Ja, auch wenn der Notherbe die Querel gegen den Testamentserben anhängig gemacht hat, kann er keine erbschaftlichen Einzelansprüche unter Berufung auf die *l. 49 cit.* verfolgen: hier würde ihm die unter a. besprochene l. 20 D. h. t. entgegenstehen.

c. Irre ich nicht, so fällt bei unsrer Untersuchung alles Gewicht auf eine letzte Stelle, — die l. 7 pr. § 1 D. de H. P. 5. 3. Zwar ist auch in dieser nur von testamentarischen Freilassungen die Rede, aber sie dürfte für andre Fälle Schlüsse gestatten.

In l. 5 § 2 D. eod. — einer Aeußerung, die nach Inhalt wie Inscription ursprünglich mit l. 7 cit. eng zusammengehangen hat — bemerkt Ulpian:

> Eorum judiciorum, quae de hereditatis petitione sunt, ea auctoritas est, ut nihil in praejudicium ejus judicii fieri debeat.

Daß unter den judicia de hereditatis petitione auch die Querel begriffen ist, zeigt die l. 7 cit., welche so anknüpft:

> Si quis libertatem ex testamento sibi competisse dicat, non debebit judex de libertate sententiam dicere, *ne praejudicium de testamento cognituro faciat:* et ita senatus censuit: sed et divus Trajanus rescripsit differendum de libertate judicium donec de inofficioso judicium aut inducatur aut finem accipiat. § 1. Ita demum autem sustinentur liberalia judicia, si jam de inofficioso judicium con-

[1]) Vergl. Bangerow II § 508 Anm. II. Windscheid III § 616 Anm. 7.

testatum est: ceterum si non contestetur, non exspectantur (exspectant? Hal.) liberalia judicia: et ita divus Pius rescripsit. —

Es folgen nun nähere Angaben über das auf den Sclaven Licinnianus bezügliche Reſcript von Pius, von welchem im § 47 unter A (S. 401 ff.) gehandelt und auf das unten zurückzukommen iſt; für jetzt ſind die in den hier mitgetheilten Worten der l. 7 cit. beſprochenen Vorſchriften über die Verhütung eines Präjudizes für die Unterſuchung über das Teſtament in's Auge zu faſſen.

Ein Senatsſchluß gebot beim Streit über eine angeblich durch letzten Willen verfügte Freiheitsertheilung Ausſetzung des richterlichen Urtheils, ſoweit durch dieſes ein Präjudiz für die Unterſuchung über das Teſtament begründet werden könnte. Im Einklang damit verordnete ein Reſcript Trajan's Aufſchub des Freiheitsproceſſes, „donec de inofficioso judicium aut inducatur aut finem accipiat". Die letzten Worte haben eine mehrfache Auslegung gefunden. Eine ſehr alte Anſicht nimmt das „inducere" im Sinne von „Aufhebung", „Einſtellung" des Proceſſes im Gegenſatz der Erledigung durch Endurtheil[2]): dieſe Auffaſſung ſcheint die natürlichere. Abweichend davon will Cujaz[3]) jene Ausdrücke ſo verſtanden wiſſen: „bis der Inofficioſitätsſtreit eingeleitet und beendigt wird"; ihm hat ſich Francke angeſchloſſen[4]). Man hätte dann das „finem accipiat" auf den bereits anhängigen, das „inducatur" auf den bevorſtehenden Streit zu beziehen: ſehr mißlich iſt hier aber, daß doch auch bei letzterem Ausdruck die Erledigung des Proceſſes hinzu gedacht werden müßte. — Indeſſen hat dieſe Frage für uns geringe Bedeutung: beſonderes Gewicht legen wir auf den Eingang des § 1 der Stelle. Hier wird der Gedanke des Principium von Ulpian durch den Zuſatz näher beſtimmt: das Verfahren im Freiheitsſtreit werde nur ausgeſetzt, wenn der Streit über die Querel ſchon befeſtigt ſei (oder, wie wir hinzufügen, ohne Aufſchub befeſtigt werde[5]), erfolge die

[2]) So ſchon Bas. 42. 1. 7. Vergl. *Schulting-Smallenburg* not. ad h. l.; dazu die Wörterbücher von *Brissonius* v. inducere in f. *Dirksen* ead. voc. § 3. B. In dem angegebenen Sinne kommt das inducere in l. 9 D. de J. F. 49. 14 vor; Parallelſtellen aus der nichtjuriſtiſchen Litteratur bei *Brissonius* laud.

[3]) Rec. in Dig. V. 3 ad h. l. (VII. 217 ff.): die Auslegung ſtützt ſich auf eine falſche Lesart der Baſiliken (Anm. 42); der entſcheidende Ausdruck iſt dort ἐξενεχθῇ, nicht εἰσενεχθῇ. Vergl. schol. 1.

[4]) Comment. über den Titel de hered. petitione S. 119.

[5]) Uebereinſtimmend Bas. 42. 1. 7 schol. 1 und 2.

Streitbefestigung nicht ohne Weiteres, so habe ersterer Proceß nicht zu warten: dies sei von Pius rescribirt.

Auch bei diesem Satze tritt uns eine abweichende Auslegung entgegen. Nach Francke S. 119 f. soll Ulpian sagen, der Streit über die Querel werde so lange hinausgeschoben, bis es feststehe, daß die Querel nicht werde eingeleitet werden. Allein das ist sprachlich unmöglich: das „si *jam* — judicium contestatum est" verlangt mit Bestimmtheit ein gegenwärtiges Schweben des Pflichttheilsprocesses; wird nun auch diese Anforderung in dem „ceterum si non *contestetur*" in etwas gemildert, so muß doch damit nothwendig, wie der Zusammenhang zeigt, ein dem „*contestatum esse*" verwandter Begriff gemeint sein, und diesen gewinnt man nur, wenn man bei diesen Worten, wie wir es oben bei unsrer Uebertragung thaten, an ein unverzügliches Anhängigmachen des Processes denkt. Freilich möchte man für die Ansicht von Francke geltend machen, daß nicht wohl zu erkennen sei, warum der Präjudicialeinwand eine so erhebliche Einschränkung erfahren sollte, wie sie nach unsrer Auslegung gegeben zu sein scheint. Aber auch dieses Bedenken schwindet, und unsre Auslegung findet die vollste Bestätigung, sobald man Ulpian's Worte mittelst der folgenden Mittheilungen des Juristen über den Inhalt des Rescripts von Pius erläutert. Letzteres ist, wie schon bemerkt wurde, das im Rechtsfall des Licinnianus ergangene: dieser hatte mit Berufung auf die dargestellten Verordnungen Aussetzung des Freiheitsprocesses verlangt, und doch lag es in seiner Hand, den Querelstreit herbeizuführen, während der Notherbe als im Besitz der Erbschaft befindlich den Angriff abwarten mußte. Mit Rücksicht hierauf tadelt der Kaiser, daß Licinnianus nichts gethan habe, um es zu einer Entscheidung über das Testament zu bringen; nur das wird nachgelassen, daß demselben bei nicht erkennbarer Chikane noch eine mäßige peremtorische Frist zur Veranlassung des Inofficiositätsprozesses ertheilt werde.

Alles das zeigt, daß Ulpian's Aeußerung im Eingang der l. 7 § 1 cit. sich auf einen engen Kreis von Fällen bezieht: nach der Stelle ist nur dann das Aussetzen des andern Rechtsstreits, welcher der Querel präjudiciren könnte, von der unverzüglichen Einleitung der Letzteren abhängig zu machen, wenn lediglich die Partei, welche jenen Aufschub verlangt, überall nicht aber deren Gegner, die Herbeiführung des Verfahrens über das

Testament in der Hand hat. Uebrigens wird man, gestützt auf diesen Ausspruch wie auf die Natur der Sache, allgemein sagen dürfen, daß ein Aufschub des Freiheitsprocesses nicht eintrat, wenn es feststand, daß die Querel vom Notherben nicht anhängig gemacht werden konnte, — etwa weil es an einer zu deren Verhandlung erforderlichen Partei fehlte.

Soviel zur Auslegung der Stelle; die Folgerungen, die sich für unsre Untersuchung aus ihr ziehen lassen, sind wie mir scheint diese. Licinnianus war von einem im Besitz der Erbschaft befindlichen Notherben des Erblassers als Sclav in Anspruch genommen: in diesem Freiheitsproceß mußte der Kläger, indem er seinen Anspruch auf die eigne gesetzliche Erbberechtigung stützte, der Verweisung des Assertor auf das für den Sclaven sprechende Testament begegnen, und um dem gegenüber seinen Anspruch durchzusetzen, mußte er eine Entscheidung des Richters über die Inofficiosität des Testaments veranlassen. Diesen Zusammenhang kann sich Ulpian bei seiner Darstellung nicht verhehlt haben: denn der Rechtsfall des Licinnianus bildet recht eigentlich den Mittelpunkt der uns in l. 7 cit. dargebotenen Erörterungen. Wir sind demnach vollkommen berechtigt, auch die im Principium der l. 7 cit. und im ersten Satz des § 1 eod. erwähnten Verordnungen des Senats und der Kaiser über die Verhütung eines Präjudizes für die Querel[6]) auf solche im Verlaufe des Freiheitsprocesses — von Seiten des Klägers oder des Beklagten — gestellte Anträge auf eine Entscheidung über die Inofficiosität zu beziehen. Für die Regel wurde nun allerdings vermöge jener Verordnungen das Präjudiz verhütet; allein der Eingang der l. 7 § 1 cit. zeigt mit voller Deutlichkeit, daß es doch Fälle gab, wo es zu jener Entscheidung bei Gelegenheit des Freiheitsprocesses kommen mußte: nach dem Bemerkten gehören dahin die Vorgänge, wo es nicht in der Hand der die Inof-

[6]) Wie sehr die in l. 7 pr. § 1 cit. erwähnten Vorschriften die Möglichkeit in's Auge faßten, daß die Frage nach der Pflichtwidrigkeit des Testaments Gegenstand des Erkenntnisses im Freiheitsproceß werden könnte, beweist noch l. 7 § 2 D. eod. Hier wird bei in Aussicht stehender Querel dem, welcher die Freiheit aus einem andern Grunde als kraft des Testaments, die Erbschaft aber auf Grund des Letzteren in Anspruch nimmt, die Einleitung des Freiheitsprocesses mit der Einschränkung gestattet, dummodo praedicatur judici liberalis causae, *ne ullum adminiculum libertatis ex testamento admittat.*

ficiosität behauptenden Partei lag, den Streit über die Querel in's Leben zu rufen.

Damit haben wir eine einzelne Klasse von Fällen gewonnen, bei der die Quellen ausdrücklich die Möglichkeit anerkennen, die Frage der Pflichtwidrigkeit des Testaments bei Gelegenheit eines andern Rechtsstreits zur Entscheidung zu bringen, also auch eine beschränkte Beseitigung des Testaments zu erwirken. Handelt es sich nun hier um eine Singularität, welche nur für Freiheitsprocesse Bedeutung hatte? Die Antwort hat zwei Fragen auseinanderzuhalten. Zu sagen ist einmal, (b.) ob die regelmäßige Aussetzung des richterlichen Urtheils zur Verhütung eines Präjudizes für die Querel nur bei jenen Processen Anwendung fand, — sodann (a.) ob die aus l. 7 § 1 cit. zu entnehmende Berechtigung des Notherben, in gewissen Fällen mit erbschaftlichen Einzelansprüchen vorzugehen, ohne daß er zuvor ein ihm entgegenstehendes Testament umgestoßen hätte, damit die Frage der Inofficiosität wo nöthig in Einzelprocessen vom Richter prüfen zu lassen, nur für die vindicatio in servitutem gegen Erbschaftssclaven Geltung hat.

(a.) Die zweite Frage, die ich vorwegnehme, ist unbedingt zu verneinen. Die Ansicht hat Manches für sich und sie hat Vertreter gefunden, daß die (zur ersten Frage gehörige) Vertagung der Spruchfällung mit Rücksicht auf eine in Aussicht stehende Querel in Eigenthümlichkeiten des Freiheitsstreits ihren Grund hat. Allein wenn davon eine Ausnahme gemacht wird in Fällen, wo der Notherbe gehindert ist, die Querel gegen den Testamentserben anhängig zu machen, — wenn Ersterer sich höchstens noch gefallen lassen soll, daß dem Gegner, für welchen die Möglichkeit besteht, die Klage zu veranlassen, zu diesem Ende eine kurze peremtorische Frist bewilligt wird, so sind das Sätze, an denen nichts Singuläres zu finden ist: sie tragen dem für den Notherben gegenüber jenem Hinderniß bestehenden Bedürfniß Rechnung, dritten Personen gegenüber die zur Erbschaft gehörigen Vermögensrechte zu verfolgen.

Von diesen Sätzen ist daher ohne Bedenken Anwendung zu machen auf die Klage des Pflichttheilsberechtigten gegen Erbschaftsbesitzer, die sich nicht auf den letzten Willen berufen, sowie gegen Vermächtnißnehmer, welche die vermachten Gegenstände in Besitz haben. Doch versteht es sich dabei von selbst, daß das auf eine

solche Klage ergehende richterliche Erkenntniß das Testament nur in dem beschränkten Sinne bei Seite setzt, von welchem im § 47 (S. 415 ff.) die Rede gewesen ist. Auch das lehrt die l. 7 pr. cit. Wenn es in der Stelle heißt, der Geschworne habe das Erkenntniß über den Freiheitsproceß zu vertagen, *ne praejudicium de testamento cognituro faciat*, so ist damit deutlich ausgesprochen, daß die Vorentscheidung die spätere Querel nicht ausschließen, vielmehr nur den Gegenstand des späteren Spruchs der Centumvirn schmälern konnte.

(b.) Zweifelhaft erscheint es, ob jene Klagen dem Notherben nur im Nothfall zu gewähren sind, — auf den Fall, wo die Querel gegen den Testamentserben verschlossen ist. Für die Aufklärung dieses Punktes scheint mir die obige erste Frage wichtig, ob die durch die Rücksicht auf die Querel veranlaßte regelmäßige Aussetzung der Freiheitsprocesse in l. 7 pr. § 1 cit. als eine nur für diese Processe geltende Singularität zu betrachten ist. Dies pflegt bejaht zu werden: man sieht den Grund der von Ulpian besprochenen Vorschriften in der Erwägung, daß das in einem solchen Einzelprocesse ergehende, der Freiheit günstige Urtheil für immer feststehen würde, während doch das Testament noch in der Folge cassirt werden könnte[7]). Ich vermag nicht zuzugeben, daß diese Ansicht im Recht sei. Fragen wir zunächst, was jene Verordnungen wegen der Verhütung eines Präjudizes besagen wollen. Die Bedeutung des Ausdrucks praejudicium ist in dieser Anwendung gewiß die: es soll nicht geschehen, daß dem Inhalt der Erbschaftsklage (in unserm Falle der mit der Querel zu verbindenden Universalklage) einzelne zum Nachlaß gehörige Ansprüche durch Vorentscheidungen auf Einzelprocesse entzogen, überhaupt daß die mehreren unter die Universalklage gehörigen Gegenstände durch eine Vielheit von Processen auseinander gerissen werden[8]). In diesem Sinne nun wird nicht leicht der Freiheitsproceß des im Testament freigelassenen Sclaven gegen den Testamentserben ein Präjudiz für die Querel begründen. Beide Theile haben ein Interesse an der Aufrechthaltung des Testaments, werden also dessen Gültigkeit nicht in Frage ziehen. Fällt ferner die Entscheidung zu Gunsten der Freiheit aus, so kann sich

[7]) Vergl. *Cujac.* rec. in Dig. V. 3. l. 7 (VII. 219. 220). Francke, Comment. S. 118.

[8]) Vergl. die Ausführungen bei Francke S. 79 ff., insbes. S. 85—87.

doch der Sclav in der Folge gegenüber dem Notherben, der das Testament umstößt, nicht auf dieselbe berufen: denn Letzterer nimmt so gut die Stellung eines justus contradictor ein, wie sie früher dem eingesetzten Erben zukam[9]). Anders beim Freiheitsprozeß gegen den die Erbschaft besitzenden Notherben (so im Fall der l. 7 § 1 cit.): hier wurde der Sclav durch ein ihm günstiges Erkenntniß dem Gegner definitiv entzogen, auch wenn dieser in der Folge den Testamentserben mit der Querel besiegte.

Läßt sich nun sagen, daß andere Rechtsstreitigkeiten über erbschaftliche Rechte nicht die gleiche Gefahr einer Beeinträchtigung der Querel mit sich führten, wie jene Processe über die Freiheit von Erbschaftssclaven? Gewiß nicht. Was zunächst die Ansprüche der Vermächtnißnehmer betrifft, so ist hier freilich der Regel nach ein Präjudiz nicht zu befürchten. Jene Ansprüche können, wo nicht auf Grund Vindicationslegats die dingliche Klage zusteht, nur gegenüber dem Testamentserben verfolgt werden; hier also gilt dasselbe, was vorhin von den Freiheitsprocessen gegen diesen Erben gesagt wurde. Dazu kommt, daß die Vermächtnißnehmer vom Erben Erfüllung nur verlangen können, wenn sie Sicherheit für die Rückleistung auf den Fall bestellen, daß das Testament umgestoßen werde[10]): damit werden bei Eintritt dieses Falls die Folgen des früheren Rechtsstreits rückgängig gemacht. Allein grade bei dem uns interessirenden Streit des Notherben mit dem (besitzenden) Vermächtnißnehmer liegt dieser Punkt anders: das darüber ergehende, dem Notherben günstige wie ungünstige Urtheil kann sich mit einem späteren, auf die Querel wider den Testamentserben ergehenden Erkenntniß in Widerspruch setzen. — Aehnliches gilt auch von der Entscheidung auf den Streit mit dem Erbschaftsbesitzer ohne testamentarische Erbberechtigung: der Notherbe kann hier durch ein ihm ungünstiges Urtheil die vom Beklagten besessenen Vermögenstheile für immer einbüßen, auch wenn demnächst seine Querel gegen den Testamentserben durchdringt.

Ich nehme demnach keinen Anstand, auf diese Fälle die Sätze in l. 7 pr. § 1 D. de H. P. 5. 3 analog anzuwenden: der Richter wird der Regel nach seinen Spruch auf solche Klagen des Notherben auszusetzen haben, es wäre denn, daß Letzterer sich außer

[9]) Vergl. das auf S. 417 ff. Bemerkte.

[10]) Nachweise bei Windscheid III § 616 Anm. 6.

Stande befände, die Querel gegen den Teſtamentserben oder eine rechtlich an deſſen Stelle getretene Perſon anhängig zu machen. Daß wir für jene Fälle in den Quellen keine Entſcheidungen von der Art der in l. 7 cit. enthaltenen beſitzen, erklärt ſich aus der Seltenheit ihres Vorkommens. Für meine Auffaſſung aber ſpricht, daß die von Ulpian in l. 7 cit. zuſammengeſtellten Nachrichten über die vom Senat wie von den Kaiſern ausgegangenen Verordnungen ſich in Ulpian's Edictscommentar unmittelbar an die allgemeine Regel der l. 5 § 2 D. eod. anſchloſſen: gegenüber den judicia, „quae de hereditatis petitione sunt", dürfe kein Präjudiz begründet werden. Von dieſem Satze ſtellen die Beſtimmungen in l. 7 cit. nur concrete Anwendungen dar.

Den Grund, um deſſen willen die Frage der Inofficioſität gegenüber dritten Berechtigten nur in Nothfällen der mehrfach bezeichneten Art zum Austrag zu bringen iſt, habe ich im § 47 unter 7. ausgeführt: die Querel kann die ihr vom Recht beigelegten Wirkungen nur in beſchränktem Maße herbeiführen, wenn ſie einen Andern als den Teſtamentserben zum Proceßgegner nimmt.

Mit einigen Worten berühre ich die Rechtsmittel des Notherben gegen den in den Beſitz des vermachten Gegenſtands gelangten Vermächtnißnehmer. Wie oben unter a bemerkt wurde, ſcheint die l. 20 D. h. t. nur ein Verfahren zuzulaſſen, bei welchem die Querel vorausgeht, erſt nach erfolgter verhältnißmäßiger Beſeitigung des Teſtaments der einzelne erbſchaftliche Anſpruch vom Notherben zur Hand genommen wird. Allein die l. 7 § 1 D. h. t. lehrt, — insbeſondere die Behandlung des Falls des Licinnianus —, daß auch von vornherein mit dem zuletzt erwähnten Anſpruch vorgegangen, bei deſſen Verhandlung aber die Inofficioſität ausgeführt werden konnte. — Was die Rechtsmittel des Notherben angeht, ſo werden leicht die Vorausſetzungen des interdictum quod legatorum zutreffen: ſie fehlen namentlich auch dann nicht, wenn der Vermächtnißnehmer den Beſitz mit dem Willen des Teſtamentserben erlangt hat. Denn immer hat er denſelben vom Standpunkt des Notherben non ex voluntate heredis[11]). Auch ſeinem nicht aus der Hand des Teſtamentserben erlangten Beſitz fehlt ferner, nachdem das Teſtament durch das Erkenntniß auf die Querel beſeitigt iſt, der

[11]) l. 1 § 2. 11. 12. 14. 15 D. quod legator. 43. 3 fr. Vat. 90.

rechtfertigende Grund: hierauf ist eine condictio sine causa zu gründen, analog der condictio indebiti utilis, die dem Notherben rücksichtlich der vom Testamentserben erfüllten, nunmehr ungültigen Vermächtnisse zusteht[12]). Endlich wird man auch den Vermächtnißnehmer von da ab, wo er mit der Querel besiegt ist, als Besitzer pro possessore behandeln dürfen[12b]): demnach kann sich der Pflichttheilsberechtigte der Erbschaftsklage bedienen.

II. Zu erörtern ist hier noch der im § 46 unter I a. E. ausgesetzte Fall, wo der Erblasser den Notherben irrthümlich als nicht vorhanden ansah und deshalb überging, — ein Fall, dessen Behandlung nach den Quellen Schwierigkeiten bereitet.

Ich erwähne vorweg den verwandten Fall, wo der Pflichttheilsberechtigte erst nach dem Testament, in welchem er nicht berücksichtigt ist, geboren wird. Derselbe hat hauptsächlich Bedeutung für Descendenten, denen ein formelles Notherbenrecht nicht zukommt: so für die Kinder gegenüber dem mütterlichen Testament. Hierauf bezieht sich das Rescript von Sever in l. 3 C. h. t. 3. 28. Dasselbe verhilft dem Nachgebornen ohne Querel zur Erbfolge, sobald die Mutter bei seiner Geburt vom Tode überrascht wurde, die eingesetzten Erben gleichfalls zu den Kindern gehören, ein Vorwurf wegen liebloser Zurücksetzung der Kinder also überall nicht gegen die Erblasserin zu begründen ist. Es liegt darin eine dem alten jus adcrescendi gewisser sui verwandte Succession: der Nachgeborne wird behandelt, als wäre er Testamentserbe, er hat deshalb zu seinem Theile für die Vermächtnisse und sonstigen Beschwerungen der Erben zu haften. — In zwei andern Fällen kommt es zur Querel: einmal da, wo der Mutter nach der Geburt des Kindes Zeit geblieben war, den letzten Willen zu ändern, sodann in dem Falle, wo im Testament extranei zu Erben eingesetzt sind.

Bei der Bestimmung der l. 3 C. cit. ist Irrthum der Erblasserin Voraussetzung der eintretenden Hülfe nicht. Dagegen liegt Irrthum vor, wenn der Erblasser bei der Errichtung des Testaments vom Dasein des vor dieser Zeit gebornen Notherben nichts wußte, etwa sein Ableben voraussetzte. Hier verleiht Ulpian, l. 27 § 4 D. h. t., gegenüber dem mütterlichen Testament die Querel:

---

[12]) l. 8 § 16 D. de inoff. 5. 2. l. 2 § 1 D. de cond. indeb. 12. 6.

[12b]) Arg. l. 13 § 1 in f. D. de H. P. 5. 3.

De testamento matris, quae existimans periisse filium alium heredem instituit, de inofficioso queri potest.

Dagegen berichtet Paulus in der in der Compilation sich unmittelbar anschließenden l. 28 D. eod. von einem ganz auf den nämlichen Fall des Irrthums der Mutter bezüglichen Decret Trajan's, wonach die Erbschaft zwar dem Sohne zufallen, die Freiheitsertheilungen und Vermächtnisse aber bei Kräften bleiben sollten. Der Jurist fügt hinzu:

— hic illud adnotatum (adnotandum? Momms.[13]), quod de libertatibus et legatis adicitur: nam cum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet.

Der Basilikenscholiast (Bas. 29. 1. 24 schol. 1) nimmt eine Abweichung an gegenüber dem Thatbestande in l. 27 § 4 cit. Darauf, daß in l. 28 cit. der Sohn als Soldat erscheint, soll die juristische Behandlung des Falles beruhen, der Soldat soll der Querel nicht bedürfen: er hätte sich also nicht in eine Erörterung darüber einzulassen, ob ihm ein Ausschließungsgrund entgegenstehe. Uebrigens wird ihm die Wahl zwischen diesem Wege und der Querel der l. 27 § 4 cit. gewährt. — Daß in solcher Weise der Ausdruck „miles" betont wird, erscheint ungerechtfertigt; es ist nicht zu erkennen, was zu dem Privilegium des Soldaten geführt haben sollte. Auf die sachliche Unterscheidung komme ich sogleich.

Die heutzutage herrschende Ansicht trifft mit dem Scholiasten darin zusammen, daß man das in l. 28 cit. in's Auge gefaßte Rechtsmittel nicht auf die Querel deutet[14]). Zwar läßt sich dafür in dem obigen Schlußsatze der Stelle ein Beweis nicht finden: derselbe könnte sehr wohl eine bloße Regelwidrigkeit gegenüber dem Recht der Querel betonen wollen. Dagegen wird man durch die übereinstimmende Entscheidung in l. 92 D. de her. inst. 28. 5[15]) genöthigt, die l. 28 cit. aus den Grundsätzen über den Irrthum im Beweggrund

[13]) Die jedenfalls sachlich mehr entsprechende Aenderung in „adnotandum" wird, wie die Ausgabe von Th. Mommsen hervorhebt, durch das im Text besprochene Scholium unterstützt.

[14]) Francke S. 310 f. Mühlenbruch S. 380 ff. Vangerow II § 431 Anm. 2 unter 3. Windscheid III § 548 Anm. 15 und 16 verglichen mit § 641 Anm. 2 im Eing. Dagegen scheint Brinz (II S. 766 a. E.) eine Querel anzunehmen.

[15]) Näher handelt von diesem Fragment Mühlenbruch 35 S. 381 Anm. 85. S. 384 f. 38 S. 478—480.

zu erklären. Hiernach bietet sich in der That dem Notherben, wie der Basilikenscholiast bemerkt, ein doppelter Weg zur Anfechtung des ihn ausschließenden Testaments: die Berufung auf den Irrthum des Erblassers und auf die Pflichtwidrigkeit. Ob noch für das neueste Recht die Aufrechthaltung der Vermächtnisse und Freiheitsertheilungen vom ersten Gesichtspunkt aus festgehalten werden darf, ist eine hier nicht zu untersuchende Frage[16]). — Mühlenbruch[17]) zieht noch in diese Untersuchung die l. 25 D. de lib. 28. 2; allein bei diesem Fragment ist die Frage eine ganz andere. Paulus erklärt formell die Clausel „ceteri omnes filii filiaeque meae exheredes sunto" für ausreichend gegenüber dem Erforderniß namentlicher Enterbung des einzelnen filius suus[18]); indessen verlangt der Begriff der Enterbung auch den auf die Ausschließung des einzelnen Kindes gerichteten Willen: kann daher ein nicht bedachter Sohn beweisen, daß der Erblasser ihn irrthümlich für todt gehalten hat, so ergibt sich daraus, daß es an aller Enterbung fehlt, folglich dem formellen Notherbenrecht nicht Genüge geschehen ist.

§ 49.

C. Geschichtliches über die Querel. — Verfahren bei derselben.

I. Die Entstehungszeit der Querel ist bestritten und muß bei der Dürftigkeit der uns zu Gebote stehenden Nachrichten zweifelhaft erscheinen. Gewöhnlich nimmt man an, die Klage sei schon zu Cicero's Zeit in Uebung gewesen[1]); eine abweichende Meinung ist geneigt, ihre Anfänge in die erste Kaiserzeit zu verlegen[2]). Dieser Ansicht ist zuzugeben, daß man sich bei Cicero vergeblich nach einem Zeugniß für das Bestehen des Rechtsmittels umsieht. Wenn derselbe in Verr. II. 1. c. 42 von einem testamentum *non improbum, non inofficiosum, non inhumanum* spricht, so bleibt es ungewiß, ob mit dem „inofficiosum" ein technischer Begriff verbunden werden darf, und jedenfalls ist in der Stelle von einer Anfechtung des letzten Willens durch die nächsten Blutsverwandten nicht die Rede. Richtig ist auch, daß die bei Valer. Max. VII, 7 und 8 dargestellten Rechts-

[16]) Vergl. die Bemerkungen bei Windscheid a. a. O., besonders § 641 Anm. 2.

[17]) Band 35 S. 385.

[18]) Darüber Schmidt, Notherbenrecht S. 60 Anm. 179.

[1]) Vergl. Glück VII S. 363—370. Auch Schmidt, Recht der Notherben S. 69 f., bezeichnet diese Annahme als die wahrscheinlichere.

[2]) So namentlich Bluntschli S. 133—140. Zustimmend Bekker I S. 278 f.

fälle ſelbſt für die Zeit des Auguſtus inſofern ein unfertiges Rechtsinſtitut erkennen laſſen, als wiederholt den durch elterliches Teſtament verletzten Kindern mittelſt kaiſerlicher Machtvollkommenheit zum Vermögen verholfen wurde[3]). Allein immer wird dadurch das Gewicht der Erzählung in VII. 7 n. 2 nicht beſeitigt. Hier erlangt der in der Adoptivfamilie ſtehende Sohn dem eingeſetzten Erben gegenüber die Reſciſſion des ihn übergehenden väterlichen Teſtaments durch Spruch der Centumvirn: darin läßt ſich nicht wohl ein anderes Rechtsmittel als die Querel erkennen. Eben dieſer Fall aber wird vom Erzähler in die Zeit des Pompejus verlegt: das iſt gewiß ein beachtenswerthes Argument für die oben bezeichnete herrſchende Meinung.

II. Von der proceſſualiſchen Behandlung der Querel iſt gelegentlich der Erörterungen über deren Weſen ſowie über ihr Verhältniß zur Erbſchaftsklage (§§ 46—48) mehrfach die Rede geweſen; ſie verlangt indeſſen noch eine kurze zuſammenfaſſende Beſprechung. Noch in der Zeit der claſſiſchen Jurisprudenz ſtand wahrſcheinlich in Rom den Centumvirn die ausſchließliche Competenz für die Querel zu[4]). Das Verfahren war noch immer das der legis actio, ſo zwar, daß die Inſtruction im Sacramentsproceß vor dem praetor urbanus oder peregrinus erfolgte[5]).

Entſprechend der von uns angenommenen Anſicht, welche in der Querel einen ſelbſtändigen, unter Umſtänden auch völlig geſondert auftretenden Anſpruch ſieht, mußte jene Inſtruction die zweifache Geſtalt an ſich tragen, wonach die legis actio entweder die Behauptung der Inofficioſität allein oder neben dieſer die Vindication der Erbſchaft in ſich aufnahm. Und hier beſteht ein hoher Grad von Wahrſcheinlichkeit für die Annahme von Bekker[6]), daß urſprünglich jene Behauptung lediglich im Zuſammenhang mit der Erbſchaftsklage auftrat, die völlig ſelbſtändige Querel erſt auf einer ſpäteren

[3]) So VII. 7 n. 3 und 4. — Die Entſcheidung des Calpurnius-Piſo (daſ. n. 5), durch welche dem Vater des in Adoption gegebenen Kindes eine bon. poss. Unde cognati ertheilt, dem Teſtamentserben die legis actio verſagt wurde, liegt vor der Zeit des Auguſtus. Davon ausführlich Leiſt, Fortſ. S. 69—76.

[4]) Von den vielen darüber ſprechenden Stellen hebe ich hervor: Valer. Max. VII. 7. n. 2. 8. n. 1 und 4. Plin. ep. I. 18. V. 1. VI. 33. Quintil. inst. or. V. 2. Zu vergleichen iſt die Darſtellung bei Bethmann-Hollweg, röm. Civ.-Proc. II S. 53—58.

[5]) Gaj. IV. 31. Gell. noct. Att. XX. 10.

[6]) Actionen I S. 279 ff.

Entwicklungsstufe zur Entstehung gelangte. Diese doppelte Gestalt ist unsrer Klage auch noch für das neueste Recht zuzuschreiben. Nur glaube ich nicht, daß die Querel, wo sie nach dem soeben Bemerkten in Verbindung mit der Erbschaftsklage vorkam, auf die Stellung eines Incidentverfahrens beschränkt blieb. Sie steht selbständig neben der Vindication des Nachlasses; demgemäß wurden wohl beide Ansprüche in den meisten Fällen gleichzeitig vor dem Prätor vorgetragen, mochte das Testament vom Vindicanten, oder mochte es vom Contravindicanten angefochten werden. Im Vortrage werden sich Beide — nach der formellen Natur des Legisactionenverfahrens — von einander gesondert haben: schon im § 47 unter B. 1 (bei der Besprechung der l. 19 D. h. t.) habe ich ausgeführt, daß die Entscheidung über die Erbschaftsklage regelmäßig bis zu erfolgter Aburtelung der Querel ausgesetzt blieb. Dagegen nehme ich abweichend von Bekker an, daß regelmäßig, wo jene Verbindung beider Ansprüche vorlag, die Instruction beider vor dem Prätor vollständig zum Abschluß gebracht wurde, beide also gleichzeitig an die Centumvirn gelangten. Die sehr freie Stellung dieses Gerichts macht es wahrscheinlich, daß dieses selbst die Zurückstellung der Erbschaftsklage anzuordnen hatte. Dafür spricht, daß die Quellen nachdrücklich mit dem inofficiosum dicere, auch wo der damit vor den Centumvirn erzielte Erfolg in Frage steht, das Vindiciren des gesetzlichen Erbtheils in Verbindung bringen [7]), und daß doch diese Erbberechtigung zur Feststellung des Legitimationspunktes auch bei der Verhandlung über die reine Querel geprüft werden mußte.

Durch diese Vordersätze werde ich freilich zu dem Schlusse gedrängt, daß bei der mit der Erbschaftsklage verbundenen Querel doppelte Sacramente vorkamen; indessen wüßte ich nicht, wie irgend eine Ansicht, welche mit uns die Querel als ein selbständiges Rechtsmittel behandelt, diese Consequenz vermeiden könnte. Um dies zu zeigen, knüpfe ich an das Verfahren an, wie es sich für die Zeit der classischen Juristen nach Gaj. IV. 95 darstellt. Man streitet darüber, ob Gajus nur sagen will: bei den vor den Centumvirn zu verhandelnden Sachen werde im Sacramentsproceß verfahren [8]), —

[7]) So die Stellen im § 47 Anm. 10, — namentlich l. 17 pr. l. 19. l. 27 § 3 D. h. t.

[8]) Von diesem Standpunkt aus hieße das „*summam sponsionis* — petimus — per legis actionem“ so viel als *sacramentum* petimus p. l. a. So

oder ob er lehrt: bei den zur Competenz der Centumvirn gehörigen Rechtssachen werde der Betrag der (stets auf 125 Sesterzen bemessenen) Präjudizialsponsion im Wege des Sacramentsverfahrens in Anspruch genommen[9]). Ich stehe nicht an, mich der zweiten Meinung anzuschließen, da diese allein mit dem Ausspruche des Gajus verträglich ist: nur wird man es mit Rücksicht auf Cic. in Verr. II. 1. 45. Gell. XX. 10 wahrscheinlich finden müssen, daß neben dem Sponsionsverfahren auch der reine, in der ursprünglichen Gestalt auftretende Sacramentsprozeß vorkam. Mag man nun aber die eine oder andere dieser Verfahrungsarten in's Auge fassen, so macht die von uns behauptete Sonderung des in der Querel gegebenen Anspruchs von der Vindication der Erbschaft doppelte Sacramente, beim Sponsionsverfahren auch doppelte Sponsionen nöthig. Indessen ist leicht zu erkennen, daß die oben besprochene Auffassung von Bekker zu dem gleichen Ergebniß führt. Denn nimmt man mit Letzterem an, daß vor der Hand (nach der Instruction der legis actio vor dem Prätor) nur die Querel an die Centumvirn kam, so waren ja grade für diese (Sponsion und) Sacrament nöthig. Und eben dies mußte sich wiederholen, wenn das einstweilen vom Prätor ausgesetzte Verfahren über die Erbschaftsklage nach siegreich durchgeführter Querel wieder aufgenommen wurde.

Behalten wir die obige Auslegung von Gaj. IV. 95 im Auge, so wird sich auch eine befriedigende Antwort auf eine Frage gewinnen lassen, bei der man das Verfahren vor den Centumvirn besonders zweifelhaft findet. Ohne Frage gelangten zur Querel auch solche Pflichttheilsberechtigte, die sich nur vermöge einer bonorum possessio zur Erbschaft ziehen konnten, und doch konnten diese nicht in der legis actio das „Ajo L. Titii hereditatem ex jure Quiritium meam esse" sprechen. Gewöhnlich nimmt man deshalb zu der Annahme seine Zuflucht, daß beim bonorum possessor in den Parteivortrag eine Fiction aufgenommen wurde[10]), und doch will die Fiction zu der

---

Bethmann-Hollweg, Zeitschr. f. gesch. R.-W. V S. 388—397, röm. Civ.-Proc. II S. 232 Anm. 15. Römer, krit. Ueberschau III S. 441—454. Rudorff, Rechtsgeschichte II § 37 bei Anm. 2.

[9]) So Dernburg, Heidelb. krit. Zeitschr. I S. 264—268. Stintzing, Verhältniß der leg. actio sacram. u. s. f. S. 47—50. Bekker, Actionen I S. 258 Anm. 13.

[10]) So Hartmann S. 7 Anm. 3 und — mit Betonung der sich erhebenden Bedenken — Schlesinger S. 475.

ſtreng formulirten Rechtsbehauptung nicht wohl paſſen. Bekker meint[11]), die Schwierigkeiten fallen weg, ſobald man die Querel lediglich auf das „testamentum inofficiosum esse“ geſtellt denke. Ich kann das nicht finden: neben der ſo gefaßten Querel war doch die vindicatio hereditatis im Legisactionenverfahren zu verhandeln, und hier eben begegnen jene Bedenken.

Die Löſung ergibt ſich ohne Weiteres, wenn man ſtreng an der Nachricht bei Gaj. IV. 95 feſthält. Dort wird gelehrt:

> Ceterum si apud centumviros agitur, *summam sponsionis* non per formulam *petimus*, sed *per legis actionem:* sacramento enim reus provocatur[12]) eaque sponsio sestertiorum CXXV nummorum fit, scilicet propter legem Creperiam —.

Nach dieſen Worten ſcheint es mir völlig einleuchtend, daß der bonorum possessor mit Hülfe der Sponſion zur sacramenti actio *in personam* gelangte, und hier hatte er einen völlig normalen Anſpruch auf „Ajo te mihi sestertios CXXV nummos dare oportere“, wenngleich die sponsio gradezu auf die erfolgte Ertheilung der bonor. possessio geſtellt war[13]).

D. Wirkungen der Querel.

§ 50.

1. Im Allgemeinen *).

I. Bei natürlicher Betrachtung erkennt man, daß die Wirkungen der Querel ſich in zwei Gruppen theilen. Die eine wird zuſammengehalten durch den Einfluß des Anſpruchs auf das Teſtament und die auf dieſes geſtützte Erbfolge. Dieſe weſentlich negativen Wirkungen erſtrecken ſich über alle Theile des letzten Willens und ſind danach je nach ihrer Beziehung auf die Erbeseinſetzung und die ſonſtigen Anordnungen zu ſondern. Die zweite Gruppe von im Ganzen poſitiven Wirkungen läßt ſich als Begründung der geſetzlichen Erbfolge bezeichnen. Denn derartige Wirkungen ſind nur in Anwendung auf die Geſammtnachfolge zu betrachten. Mit

---

[11]) Actionen II. S. 274 Anm. 3 unter VII.

[12]) So nach Studemund.

[13]) Vergl. die bei *Rudorff*, edict. § 59 für die Erbſchaftsklage des bonorum possessor aufgeſtellte sponsio praejudicialis. (Si bonorum Luci Titii possessionem ille praetor ex edicto suo mihi dedit, sestertios [CXXV] nummos dare spondesne?)

*) Francke S. 298—309. Mühlenbruch **35** S. 361—380. 390—392. Vangerow II § 479. Bekker, Actionen I S. 277 f.

Rückſicht hierauf aber empfiehlt es ſich, ſie in der Darſtellung mit den auf die Beerbung bezüglichen negativen Wirkungen zu verbinden. Dem § 51 bleiben die Fälle vorbehalten, wo eine Mehrheit ſei es von Notherben, ſei es von Teſtamentserben vorhanden iſt; ſie werden im gegenwärtigen Paragraphen nur einmal berührt, — bei der Beſtimmung des Umfangs, in welchem der Erwerb des Teſtamentserben beſeitigt wird. (Vergl. den Text bei Anm. 6).

Die durchgeführte, durch richterliches Urtheil begründet befundene Querel beſeitigt das Teſtament in allen Theilen[1]). In Betracht kommen:

1. Die Erbeseinſetzung. Dieſe und der auf ſie gegründete Erwerb des Eingeſetzten wird gemäß dem für den Kläger günſtigen Urtheil auf die Querel als nicht erfolgt behandelt[2]). Folgeweiſe löſen ſich die durch den Erbſchaftserwerb in der Perſon des eingeſetzten Erben begründet geweſenen Rechte und Verbindlichkeiten ohne Weiteres von dieſem ab und gehen auf den Notherben über[3]). Die durch Confuſion aufgehobenen Forderungen wie Verbindlichkeiten des Teſtamentserben gegenüber dem Nachlaß gelten ſowohl für die klageweiſe Geltendmachung wie für die Compenſation als fortdauernd[4]). Das Gleiche muß von den auf ſolchem Wege erloſchenen dinglichen Rechten an fremder Sache geſagt werden.

Indeſſen kann der Pflichttheilsberechtigte nur auf Höhe derjenigen Quote der Erbſchaft Beſeitigung des Teſtaments fordern, die er

---

[1]) Ulp. l. 8 § 16 D. h. t.: — testamentum ipso jure rescissum est —. Paul. l. 17 § 1 D. eod.: — testamenti factionem habuisse defunctus non creditur —. Claud. ap. Scaev. l. 36 D. de legat. III° (32): Nec fideicommissa ab intestato data debentur ab eo, cujus de inofficioso testamento constitisset, quia crederetur quasi furiosus testamentum facere non potuisse, ideoque nec aliud quid pertinens ad suprema ejus judicia valet. Wenn Mühlenbruch 35 S. 362 f. auszuführen ſucht, das „ipso jure“ in l. 8 § 16 cit. ſei nicht mit „jure civili“ zu übertragen, ſo beweiſt der ganze Inhalt der Stelle das Gegentheil, namentlich die Aeußerungen: — et *suus heres* erit secundum quem judicatum est —: et libertates ipso jure non valent: nec legata debentur —.

[2]) Paul. l. 21 § 2 D. h. t.: — evicta hereditate per inofficiosi querellam — perinde omnia observari oportere, ac si hereditas adita non fuisset —.

[3]) Papin. l. 15 § 2 D. h. t. Filius, qui de inofficiosi actione adversus duos heredes expertus diversas sententias judicum tulit et unum vicit, ab altero superatus est, et debitores convenire et ipse a creditoribus conveniri pro parte potest et corpora vindicare —.

[4]) l. 21 § 2 D. h. t. l. 22 C. eod.

kraft gesetzlicher Erbberechtigung in Anspruch zu nehmen hat[5]). Sieht man demnach von der Anwachsung im Pflichttheilsrecht ab, so wird auch nur in dem angegebenen Umfange der Erwerb des Testamentserben rückgängig gemacht. Und ohne dies kann sich die Aufhebung des Testaments auf eine Quote der Erbschaft beschränken, weil der Notherbe seinen Anspruch freiwillig auf dieses Maß herabsetzt, etwa nur gegen einen der eingesetzten Erben vorgeht, — oder weil er an dieses Maß gebunden ist, da er als Geschwister des Erblassers neben einem bescholtenen Testamentserben unbescholtene vorfindet, — oder endlich weil er auf die Klage gegen mehrere Testamentserben angewiesen ist und dabei nur gegen einzelne derselben Erfolg hat[6]). — Die positiven Wirkungen der Querel wurden oben mit dem Ausdruck wiedergegeben, daß die gesetzliche Erbfolge zu Gunsten des Querelberechtigten begründet werde. Auch der hierin liegende Erbschaftserwerb tritt mit der Rechtskraft des Erkenntnisses ohne Weiteres ein, da die Erwerbshandlung in der Anstellung der Querel oder vor dieser gegeben ist. Von letzterer Thatsache ist im § 52 mehr zu sagen. Indem, wie bemerkt wurde, kraft des Erbschaftserwerbs des Notherben die erbschaftlichen Rechte wie Verbindlichkeiten auf diesen übergehen[7]), entsteht da, wo die Querel nur zu theilweiser Beseitigung des Testaments führt, zwischen dem Notherben und dem nicht ausgeschlossenen Testamentserben Gemeinschaft, es ist demnach zwischen Beiden die Erbschaftsklage begründet[8]).

Wenn man sagt, die Querel führe zur gesetzlichen Erbfolge zu Gunsten des Querelberechtigten, so ist im Auge zu behalten, daß eine solche Berechtigung nur den im einzelnen Fall an erster Stelle zur gesetzlichen Erbfolge berufenen Personen zukommt. Die Quellen fassen indessen mehrfach die Möglichkeit in's Auge, daß vermöge ungerechten Richterspruchs eine Person mit der Querel durchdringt, welcher nächste gesetzliche Erbberechtigung nicht zur Seite steht. Völlig klar ist hier die Behandlung des Falls, wo das Urtheil das Testament in seiner ganzen Ausdehnung umstößt.

[5]) l. 8 § 8. l. 19. l. 17 pr. l. 27 § 3 D. h. t.

[6]) So aus den Rechtsquellen l. 15 § 2. l. 24 D. h. t.; l. 76 pr. D. de legat. II° (31). l. 12 § 4 D. de bon. libert. 38. 2. l. 13 C. h. t. 3. 28. — Vergl. wegen der im Text erwähnten Fälle Francke S. 299. Mühlenbruch 35 S. 393 ff.

[7]) Vergl. den Text bei Anm. 3.

[8]) l. 15 § 2 D. fam. erc. 10. 2.

Mit Hinweis darauf, daß eine ſolche Entſcheidung die geſetzliche Erbfolge begründet, bemerkt Ulpian in l. 6 § 1 D. h. t., der Sieg nütze nicht dem Kläger, ſondern den in Wahrheit zur geſetzlichen Erbfolge Berechtigten[9]). Anders ſcheint derſelbe Juriſt den Fall zu entſcheiden, wo ein ſolcher Nichtberechtigter nur eine theilweiſe Aufhebung des Teſtaments erzielt; er ſagt davon in l. 35 § 1 D. h. t.:

> Si quis, cum non possit de inofficioso queri, ad querellam admissus pro parte rescindere testamentum temptet et unum sibi heredem eligat, contra quem inofficiosi querellam instituat (et obtineat ins. Momms.), dicendum est, quia testamentum pro parte valet et praecedentes eum personae exclusae sunt, cum effectu eum querellam instituisse.

Man erklärt heutzutage nahezu allgemein den Gegenſatz dieſes Ausſpruchs gegen den in l. 6 § 1 cit. daraus, daß das Teſtament nach letzterer Stelle im ganzen Umfange, nach l. 25 § 1 cit. nur zu einem Bruchtheil aufgehoben werde. Dabei wird meiſt betont, im zweiten Fall werde die geſetzliche Erbfolge nicht eröffnet[10]): eben deshalb behalte der nicht zur Querel berechtigte, weil nachſtehende Verwandte den ihm irrthümlich zugeſprochenen Erbtheil. Ich kann dieſe Auslegung nicht zutreffend finden. Die Quellen ſprechen es mehrfach mit Beſtimmtheit aus, daß auch bei theilweiſer Reſciſſion des Teſtaments in deren Umfange geſetzliche Erbfolge eintritt[11]). Und will man etwa dem Nichtberechtigten den erſtrittenen Erbtheil auch gegenüber wirklichen Pflichttheilsberechtigten laſſen, deren geſetzlicher Erbtheil die ganze Erbſchaft umfaßt, und die ihr Querelrecht noch in keiner Weiſe verloren haben? Ulpian begründet ſeinen Ausſpruch mit den Worten: „quia testamentum pro parte valet *et praecedentes eum personae exclusae sunt*.“ Das ſind zwei einander er-

---

[9]) Daß es ungewiß iſt, ob der Juriſt die Abforderung der Erbſchaft Seitens des (unberechtigten) Klägers oder ein Urtheil auf die reine Querel vorausſetzt, iſt im § 47 unter B. 4 bemerkt. Vergl. S. 413.

[10]) Francke S. 300 f. Mühlenbruch 35 S. 422—425. Vangerow II § 479 Anm. 1 unter C., beſonders nachdrücklich Huſchke, rhein. Muſeum. VI. S. 340 bei Anm. 136.

[11]) Vergl. z. B. *Papin. l. 15 § 2 D. h. t.*: — credimus eum legitimum heredem pro parte esse factum: et ideo pars hereditatis in testamento remansit, nec absurdum videtur pro parte intestatum videri. *Paul. l. 19 eod.*: — secundum quod non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte intestata efficitur —. Vergl. l. 13 C. eod.

gänzende Gründe: der letzte enthält die Vorausſetzung, daß die vorauf-gehenden Notherben enterbt ſind[12]), der erſte aber hebt hervor, daß die Enterbungen in Geltung bleiben, weil das Teſtament nur theilweiſe umgeſtoßen iſt[13]). Eben darin liegt das unterſcheidende Moment gegenüber der Entſcheidung in l. 6 § 1 cit.: dieſe ſetzt völlige Vernichtung des letzten Willens voraus, folgeweiſe würden ſelbſt ſolche Pflichttheilsberechtigte, die an ſich gültig enterbt wären, dem Sieger die Erbſchaft abfordern können. Befugt aber, in ſolcher Weiſe mit der einfachen Erbſchaftsklage das Vermögen an ſich zu bringen, erſcheinen nicht blos Notherben, ſondern alle mit nächſter geſetzlicher Erbberechtigung ausgerüſteten Perſonen[14]).

2. Bei den jetzt zu beſprechenden Nebenverfügungen kommen überall nur die negativen Wirkungen der Querel, ſomit der Einfluß in Frage, den die von der Klage ausgehende Beſeitigung des Teſtaments ausübt: dieſer Einfluß aber iſt ein verſchiedener, je nachdem das Teſtament vollſtändig oder nur theilweiſe aufgehoben wird[15]).

Die Vermächtniſſe fallen bei gänzlicher Aufhebung des Teſtaments vollſtändig weg, bei theilweiſer inſoweit, als geſetzliche Erbfolge Platz greift[16]). Iſt in letzterem Falle der vermachte Gegenſtand untheilbar, z. B. die Beſtellung einer Grunddienſtbarkeit, ſo iſt zwar die ganze Leiſtung vom Teſtamentserben zu fordern, dieſer aber kommt mit antheiliger Werthsleiſtung ab. Und wenn der Notherbe zur Beſchaffung der vollen Leiſtung mitzuwirken bereit iſt, ſo geſchieht damit dem Vermächtnißnehmer Genüge; zudem muß dieſer dem Notherben

---

[12]) Vergl. Bas. 39. 1. 21 schol. 2. Auch Bekker, Actionen I S. 275 Anm. 6 führt mit Recht die l. 25 § 1 cit. für den Satz an, daß bei theilweiſer Aufhebung des Teſtaments die Enterbungen beſtehen bleiben.

[13]) Ulp. l. 12 § 4 D. de bon. libert. 38. 2. Si filius patroni exheredatus *in partem optinuerit de inofficioso*, in partem victus sit, videamus, an noceat ei exheredatio. et nocere arbitror, quia testamentum valet, (a del. *Momms.*) quo exheredatus est.

[14]) So ſchon Mühlenbruch S. 423 f. (Bei dieſem findet ſich auch S. 425 ff. die Frage erörtert, wie zu verfahren iſt, wenn einem wirklich zur Querel berechtigten Notherben irrthümlich mehr zuerkannt wird, als ihm gebührt).

[15]) Zum Folgenden iſt, wo nicht beſondere Verweiſungen gegeben ſind, auf die Schriften von Francke S. 302 ff. Mühlenbruch S. 363 ff. Bezug zu nehmen.

[16]) l. 8 § 16. l. 28 in f. D. h. t. Vergl. auch l. 13 D. eod. l. 36 D. de legat. III° (32).

zu deſſen Theil den Werth vergüten[16b]). — Auch Freilaſſungen wurden bei gänzlicher Aufhebung des Teſtaments hinfällig; bei theilweiſer Aufhebung dagegen blieben ſie beſtehen[17]). Daß letzteren Falls der durch Fideicommiß mit der Freiheit Bedachte den Notherben hätte entſchädigen müſſen, ergibt ſich aus den Quellen nicht[18]). Fideicommiſſariſche Freilaſſungen ließ man auch unangetaſtet, wenn der Teſtamentserbe die Freilaſſung ſchon vollzogen hatte: doch gebührte dem Notherben eine Entſchädigung von 200 aurei für jeden Sclaven[19]). Gleiches trat bei jeder Freilaſſung ein, wenn der Querel aus beſonderen Gründen nach Ablauf der fünfjährigen Verjährungsfriſt ſtattgegeben wurde[20]).

Der allerdings mehrfach eingeſchränkte Grundgedanke bleibt bei dieſen Beſtimmungen, daß die Nebenverfügungen des Teſtaments mit der Erbeseinſetzung hinfällig werden. Darin liegt eine Anwendung des ſchon im § 47 unter B. 7 (S. 415 f.) berührten Satzes, daß das rechtskräftige Urtheil auf die Querel in ausgedehntem Maße auch für dritte, nicht beim Proceß betheiligte Perſonen wirkſam wird. Eben mit Rückſicht hierauf haben Vermächtnißnehmer wie Freigelaſſene ein weſentliches Intereſſe an dem wider den Teſtamentserben anhängig gemachten Streit: das Recht geſtattet ihnen zu interveniren und ſich eines Rechtsmittels wider das jenem Erben ungünſtige Erkenntniß zu

---

16b) l. 76 pr. D. de legat. II° (31).

17) l. 8 § 16. l. 28 citt.; l. 76 pr. D. de legat. II° (31). l. 32 C. h. t. l. 6 D. de dot. collat. 37. 7.

18) Man beruft ſich gegenüber den Stellen der vorigen Anmerkung, die von einer ſolchen Einſchränkung nichts enthalten, auf l. 29 D. de exc. rei jud. 44. 2 und die Art, wie dieſer Ausſpruch in den Baſiliken wiedergegeben iſt (Bas. 51. 2, 26). So glo. victoris ad h. l. *Pothier* lib. 44 tit. 2 n. 19 in not. Mühlenbruch 35 S. 391 f. Indeſſen wird man in l. 29 pr. cit. den Satz: „Nam cum alterum“ — bis „competere placuit“ — als Parentheſe zu nehmen haben. Vergl. Keller, Lit.-Cont. S. 408 Anm. 22.

19) So wird die l. 9 D. h. t. mit Rückſicht auf l. 4 C. eod. zu beſchränken ſein. Vergl. Mühlenbruch S. 390 Anm. 2.

20) l. 8 § 17 D. h. t. — Erwähnt mag hierbei werden, was Ulpian l. 26 D. h. t. über den Fall äußert, wo der unter der Bedingung der Freilaſſung eines eignen Sclaven eingeſetzte Teſtamentserbe die Bedingung erfüllt hat: ihm iſt der Werth des Freigelaſſenen zu vergüten, wenn das Teſtament für ein inofficiosum oder injustum erklärt wird. — Vergl. im Uebrigen wegen der Rückforderung des zur Erfüllung einer Bedingung Gegebenen l. 2 D. de cond. c. d. 12. 4.

bedienen[21]). Völlig unberührt aber bleiben die Rechte der Vermächtnißnehmer wie der Freigelaſſenen, wenn das wider den Teſtamentserben ergangene Urtheil ein Contumacialbeſcheid oder durch ſeine ihm zur Argliſt oder groben Fahrläſſigkeit zuzurechnende ſchlechte Proceßführung hervorgerufen iſt[22]). Wenn in l. 17 § 1 D. h. t. in Bezug auf das Contumacialurtheil geſagt wird: „et ideo libertates competunt et legata petuntur“, ſo ſoll damit dem Notherben die Befugniß nicht abgeſchnitten werden, ſich ſolchen Berechtigten gegenüber ſelbſtändig auf die Inofficioſität zu berufen. Die unmittelbar an die l. 17 cit. angehängte l. 18 eod. führt jenen Satz auf ein Reſcript der divi fratres zurück: in dieſem aber, wie es in l. 14 § 1 D. de appell. 49. 1 enthalten iſt, leſen wir nur:

— quare his, qui testamento libertates vel legata vel fideicommissa acceperunt, salvae sunt actiones, si quas habuerunt, perinde ac si nihil esset judicatum: et ideo adversus eum qui vicit permittimus eis agere[23]):

Hat der Teſtamentserbe Vermächtniſſe erfüllt, die durch die Beſeitigung des letzten Willens ungültig werden, ſo wird ſein Rechtsverhältniß zum Notherben nach den Grundſätzen der Erbſchaftsklage beurtheilt. Erfüllte er *in gutem Glauben*, was meiſt bei Erfüllung vor der Einleitung der Querel zutreffen wird, ſo kann er nicht über die Bereicherung hinaus in Anſpruch genommen *werden*, der Notherbe muß ſich daher die condictio indebiti gegen den Empfänger genügen und das etwa aus dem eignen Vermögen des Teſtamentserben Geleiſtete an der Erbſchaft kürzen laſſen. Erfolgte die Erfüllung zu einer Zeit, wo der Teſtamentserbe ſich ſagen mußte,

---

[21]) l. 5 § 1. 2. l. 14 pr. D. de appell. 49. 1. Wenn die Berechtigung in l. 5 § 1. l. 14 pr. citt. den Bedachten unter der Vorausſetzung gewährt wird, „si querantur per collusionem pronuntiatum“, „si suspicantur non ex fide heredem causam agere“, ſo wird damit die regelmäßige Veranlaſſung für deren Theilnahme am Proceß bezeichnet, gewiß aber keine Bedingung, wie denn ein Beweis einer ſolchen Beſchwerde ſicher nicht zu verlangen iſt. Vergl. *Francke* S. 307; abweichend *Mühlenbruch* S. 377.

[22]) l. 17 § 1. l. 18 D. h. t. l. 50 § 1 D. de legat. I° (30). l. 5 § 1. l. 14 pr. § 1 D. de appell. 49. 1. Ueber den Begriff des „lusorie agere“ *Keller* a. a. O. S. 388 ff. Anm. 12. *Mühlenbruch* S. 376 f. Anm. 71.

[23]) Uebereinſtimmend l. 50 § 1 cit.: — *nihil hoc nocebit* legatariis. (Grade ſo l. 14 § 1 cit. im Eingang.) Vergl. *Francke* S. 308 f. *Mühlenbruch* S. 377 f.

daß das Teſtament umgeſtoßen werden könne, — und das muß er ſich nach begonnenem Querelſtreit ſtets ſagen, — ſo hat derſelbe dem Sieger voll gerecht zu werden und ſeinerſeits die Condiction gegen die Empfänger durchzuführen [24]). Auch in dieſem zweiten Fall iſt ja immer nicht von wiſſentlicher Leiſtung einer Nichtſchuld zu reden. — Wenn während des Proceſſes mit dem Notherben von den Vermächtnißnehmern Befriedigung gefordert wird, ſo kann ihnen dieſe nicht vom Teſtamentserben vorenthalten werden: aber ſie müſſen Sicherſtellung wegen eventueller Rückerſtattung gewähren. Die auf dieſe Weiſe begründeten Forderungen ſind dem Notherben abzutreten, wenn dieſer die Vernichtung des letzten Willens erlangt [25]).

In den Fällen, in welchen der Pflichttheilsberechtigte ſich auf die Condiction wider die Vermächtnißnehmer anweiſen laſſen muß, ſteht ihm dieſe als utilis ohne Weiteres zu [26]).

3. Die im angefochtenen Teſtament enthaltene Pupillarſubſtitution bleibt gültig, wenn daſſelbe nur theilweiſe beſeitigt wird [27]).

4. Der Fall, wo dem pflichtwidrigen Teſtament die Codicillarclauſel beigegeben iſt, wird in den Quellen in zwei Stellen behandelt, — l. 13 D. h. t. von Scävola mit Note des Paulus und l. 36 D. de legat. III°. (32), einer Note des Claudius gleichfalls zu Scävola. Beide Stellen ſprechen beſtimmt den Satz aus, daß Verfügungen eines Teſtaments, welches mittelſt der Querel umgeſtoßen wird, auch nicht durch die Codicillarclauſel aufrecht erhalten werden können [28]). Allein mit Recht hat man in neuerer Zeit darauf aufmerkſam gemacht, daß daraus noch nicht die völlige

---

[24]) Vergl. l. 8 § 16 D. h. t. l. 17 D. de H. P. 5. 3. l. 2 § 1 — l. 5 D. de cond. indeb. 12. 6.

[25]) l. 17 cit. l. 4 D. si cui plus 35. 3. l. 12 pr. C. de pet. her. 3. 31.

[26]) l. 17 cit. l. 2 § 1 — l. 5 citt.

[27]) l. 8 § 5 D. h. t. l. 31 pr. D. de vulg. 28. 6.

[28]) Dabei ſcheint mir Mühlenbruch (S. 571 f. Anm. 64) gegen Francke S. 306 f. Anm. 25 im Recht, wenn er beſtreitet, daß Scävola eine andere Anſicht unterhalten habe, als Paulus und Tryphonin. Was aber die Conſtruction des Rechtsfalls in l. 13 cit. betrifft, bezüglich deſſen die verſchiedenen aufgeſtellten Erklärungsverſuche bei Mühlenbruch S. 368—371 dargeſtellt ſind, ſo ſcheint mir die beiweitem annehmbarſte Anſicht die von Cujaz — rec. in lib. III Scaev. resp. ad h. l. VI. 731 —, wonach man im Eingang des Fragments umzuſtellen hat: „Titia filium heredem instituit, filiae legatum dedit. — Von dem Verhältniß dieſer Stelle zu Nov. 115 iſt an gegenwärtigem Orte nicht zu handeln.

Unwirksamkeit der Clausel gefolgert werden kann[29]): die Testamentserben können sich deren Vortheile sichern, wenn sie nicht aus dem Testament antreten. Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen.

Ist einmal die Querel existent geworden, so hat freilich der Pflichttheilsberechtigte einen unentziehbaren Anspruch auf den vollen gesetzlichen Erbtheil. Allein jenes Recht ist, wie wir früher zeigten, erst im Augenblick des Erbschaftserwerbs des Testamentserben vollständig begründet[30]). Daher verhindern die Testamentserben die Querel, indem sie von jenem Erbschaftserwerb Abstand nehmen und kraft der Clausel die ihnen zu Lasten der gesetzlichen Erben gemachten Zuwendungen wählen. Der letzte Wille ist dann so zu behandeln, als hätte der Erblasser von vorn herein nur eine codicillarische Verfügung getroffen[31]).

§ 51.

2. Wirkungen der Querel beim Vorhandensein einer Mehrheit von Pflichttheilsberechtigten oder von Testamentserben*).

I. Schon im § 50 (S. 436) ist der Fall berührt, wo mehrere Testamentserben vorhanden sind, denen ein Pflichttheilsberechtigter gegenübersteht. Klagt dieser nur gegen einen oder einzelne der Testamentserben, so hat das Urtheil auf die rechtliche Lage der nicht mitbelangten Erben keinen Einfluß[1]). Ohne Be-

---

[29]) So Fein, Forts. von Glück **45** S. 812. Vangerow II § 527 Anm. 2 unter 1. a. Windscheid III § 631 bei Anm. 10.

[30]) Vergl. § 46 unter V (S. 392). Dazu § 39 unter II. A. (S. 319.)

[31]) In der heutigen Praxis scheint die im Text erwähnte Frage selten zur Entscheidung zu gelangen; die in Seuffert's Archiv mitgetheilten Urtheile behandeln sämmtlich die Clausel in Anwendung auf ein wegen Uebergehung eines Notherben nichtiges Testament. Unter ihnen sind für die Wirksamkeit **3**. 355 (Dresden), **5**. 205. (Kiel), **8**. 70 und **10**. 274. **28**. 43. (Celle), — gegen dieselbe ist **19**. 247. (Wolfenbüttel). Von allen diesen Entscheidungen berühren nur zwei in der Begründung das pflichtwidrige Testament, bei dem vom Standpunkt der Querel Unwirksamkeit der Clausel angenommen wird, — doch ohne Eingehen auf die Einzelheiten: es sind dies **3**. 355. **28**. 43.

*) Mühlenbruch **35** S. 393—397. **40** S. 154—156. S. 158—164. Huschke im Rhein. Mus. VI S. 339 ff. Vangerow II § 479 Anm. 1 unter 2. Windscheid III § 584 a—c. Hartmann S. 24—27.

[1]) Paul. l. 19 D. h. t.: — et ideo ab extraneo semissem vindicandum —. secundum quod non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte intestata efficitur —. l. 25 § 1 D. eod.

deutung iſt hierbei der Grund, um deſſen willen der Kläger ſeine Klage auf einzelne eingeſetzte Erben beſchränkt: dieſer mag lediglich in deſſen freiem Entſchluß beruhen, oder darin, daß ein Erfolg gegenüber den einzelnen nicht belangten Erben nicht zu erwarten iſt, weil dieſe ſelbſt geſetzliche Erben und nur mit dem Inteſtaterbtheil bedacht ſind, — oder weil umgekehrt Kläger zu den Geſchwiſtern des Erblaſſers gehört und nur dem einzelnen Erben gegenüber durchdringen kann[2]). — Ferner ſteht der Fall mit der gegenwärtigen Unterſuchung nicht in Verbindung, wo der Notherbe wider die mehreren eingeſetzten Erben geklagt, es aber nicht gegenüber allen zu einem ihm günſtigen Urtheil gebracht hat[3]). Hier kann nach dem Einfluß des ihm günſtigen Urtheils auf das Rechtsverhältniß der übrigen Teſtamentserben nicht gefragt werden, da in Anwendung auf dieſe eine geſonderte Entſcheidung (oder ein Verzicht) vorliegt. — Der obige Satz, daß die Wirkung des Urtheils auf die Beklagten beſchränkt bleibt, wider welche daſſelbe ergangen iſt, entſpricht ebenſowohl dem Weſen der Rechtskraft, wie den Anforderungen des billigen Rechts; die in der Reſciſſion des Teſtaments liegende Rechtsentziehung darf nur wider Diejenigen wirkſam werden, gegen welche ſie erkannt iſt.

II. Lebhaft geſtritten wird über die Frage, ob beim Vorhandenſein einer Mehrheit von Pflichttheilsberechtigten das von dem einen erlangte günſtige Urtheil auch den übrigen zum Vortheil gereichen kann. Drei Anſichten ſind es, welche dabei in der Theorie zu Tage treten[4]): die herrſchende Meinung beſchränkt die Beſeitigung des Teſtaments und die daraus entſpringende geſetzliche Erbfolge auf Diejenigen, welche das Urtheil erſtritten haben[5]); — umgekehrt wird von anderer Seite angenommen, die Reſciſſion erfolge zu Gunſten aller geſetzlichen, wenngleich nicht beim Proceß betheiligten Erben, namentlich auch der gültig enterbten, der mit dem Pflichttheil bedachten, der Erben ohne Pflichttheilsberechtigung[6]); — eine dritte Anſicht unterſcheidet: ſie nimmt die ausgedehnteſte

[2]) Vergl. l. 19. 24 D. h. t. l. 27 C. h. t.

[3]) Vergl. die Stellen im § 50 Anm. 6.

[4]) Litteratur bei Vangerow II § 479 Anm. 2 a. Hartmann S. 24—27.

[5]) So u. A. Francke S. 299. Hartmann und Vangerow a. d. a. OO. Windſcheid III § 584 unter b.

[6]) So z. B. Huſchke, rhein. Muſeum VI S. 339—356. Sintenis, Civ.-R. III § 199 Anm. 9.

Wirksamkeit an bei der lediglich rescindirenden Querel, die beschränktere bei der mit der Erbschaftsklage verbundenen Querel[7]). — Wir entscheiden uns ohne Bedenken für die herrschende Lehre, die hier kurz begründet werden soll[8]).

Verwerflich erscheint vor Allem die dritte, unterscheidende Meinung. Daß die Ausdehnung des zu Gunsten des einen gesetzlichen Erben ergehenden Urtheils auf andere dem Wesen der Rechtskraft zuwiderlaufen würde, liegt auf der Hand. Auch durch die Grundsätze bei Präjudicien aber, auf die man sich beruft, wird dieselbe nicht gerechtfertigt. Denn die singuläre Erweiterung der einer rechtskräftigen Entscheidung zukommenden Geltung auf dritte Personen ist nur bestimmten Präjudicien eigen (denen über den Status der Freien, der Freigebornen und über den an ein Familienverhältniß anknüpfenden Rechtszustand)[9]); es handelt sich also dabei nicht um einen Rechtssatz, welcher schon mit dem Begriff des Präjudicium gegeben wäre. Sodann kommen aber selbst dort als ferner berechtigte Personen nur solche in Frage, denen ein vom Rechtsverhältniß der im Proceß befangenen Partei abhängiges Recht zusteht[10]). Demnach würde in unserm Falle die Behauptung, daß das Erkenntniß für andere gesetzliche Erben wirksam sei, sich nicht auf das Recht der Statusklagen stützen können, da doch diese Erben eine von der Erbberechtigung des klagenden Notherben völlig unabhängige Berechtigung in Anspruch nehmen. Ueberdies ist die Querel wesentlich von den Präjudicien verschieden[11]); es erscheint daher mißlich, für sie aus den Grundsätzen über die Letzteren etwas ableiten zu wollen.

Ich komme zu der Ansicht, welche alle gesetzlichen Erben durch den von einem einzelnen Notherben erstrittenen Sieg in der Querel gegenüber dem Testamentserben berechtigt werden läßt. Der namhafteste Versuch einer Begründung dieser Lehre ist der, welchen Huschke auf der Grundlage des Satzes „nemo pro parte testatus,

[7]) So z. B. Fabricius, bon. possessio S. 150 in Anm. 205.

[8]) Vergl. zum Folgenden die Ausführungen bei Vangerow, Hartmann und Windscheid a. d. a. OO. Dazu Mühlenbruch in Glück's Comment. 40 S. 154 ff.

[9]) Vergl. den Text des § 47 bei den Anmerk. 49—52 (S. 416 f.).

[10]) So die Kinder des in seiner Freiheit Angefochtenen: l. 42 C. de liber. caus. 7. 16, verglichen mit l. 23 § 2 D. eod. 40. 12, oder des für freigeboren Erklärten: l. 3 C. de ingen. man. 7. 14.

[11]) Vergl. § 46 unter VI S. 393 f.

pro parte intestatus decedere potest“ unternommen hat (Anm. 6). Huſchke behauptet mit Recht die Geltung der Regel auch gegenüber der Anfechtung des Teſtaments wegen Pflichtwidrigkeit; aber er vernachläſſigt ihr gegenüber die Schranken der verbindlichen Kraft rechtskräftiger Erkenntniſſe. Nach ihm ſoll zwar auf Seiten des Verklagten das Erkenntniß auf die Querel nicht weiter reichen, als deſſen Recht reicht, er läßt deshalb gegenüber dem Theilerben nur theilweiſe Umſtoßung des Teſtaments eintreten (S. 341. 348 f.). Der Kläger aber trüge, auch wenn er nur zu einem Theil geſetzlicher Erbe wäre, ſtets auf Beſeitigung des ganzen Teſtaments an, theilweiſe Beſeitigung wäre ein abſurdes Verlangen; auch ginge der Richter, wenn er für den Querelkläger entſchiede, von der Ungültigkeit des ganzen Teſtaments aus (S. 341 ff.). Auffällig iſt dabei, daß Huſchke den Gegenſtand des Proceſſes vom Standpunkt der beiden Parteien aus verſchieden beſtimmt: auf Seiten des Klägers ſieht er ihn in der Nichtigkeit des Teſtaments und der auf Grund derſelben eintretenden Inteſtaterbfolge (S. 343), — auf Seiten des Beklagten fehlte es nach ihm an einer „Untheilbarkeit des Objects“, der eigentliche Grund der Beklagtenrolle läge im beſeſſenen Erbtheil. (S. 349 f.).

Es iſt hier nicht zu betonen, daß wir den Teſtamentserben auch ohne Erbſchaftsbeſitz der Querel haften laſſen: entſchieden aber muß hervorgehoben werden, daß lediglich das „testamentum inofficiosum esse“ den Gegenſtand der Querel als ſolcher bildet. Die Beſeitigung des Teſtaments iſt nur Folge der richterlichen Bejahung jener vom Querelkläger verfochtenen Rechtsbehauptung. Nun aber ſtützt ſich das Verlangen nach Anerkennung der Inofficioſität auf die Inanſpruchnahme des beſtimmten geſetzlichen Erbtheils Seitens des Klägers. Dieſer Satz wird in den Quellen ſo nachdrücklich ausgeſprochen[12]), daß er nicht allein wahr ſein muß, wo die Querel neben der Erbſchaftsklage auftritt, wo alſo bei den Römern in der legis actio jener Theil vindicirt wurde, ſondern auch bei der völlig geſondert eingeleiteten Querel: denn auch bei Letzterer iſt jedenfalls vor dem erkennenden Richter (nach claſſiſchem Recht vor den Centumvirn) die Erbberechtigung und deren Umfang darzulegen. Daraus iſt dann zu folgern, daß auch der Spruch des Richters auf „testamentum inofficiosum esse“ nur dem Kläger die Erlangung jenes Erbtheils ermöglichen wollte, mochte immer der Beklagte Alleinerbe ſein.

[12]) l. 8 § 8. l. 17 pr. l. 19 D. h. t.

Eine weitere Stütze für dieſen Satz gewährt der Umſtand, daß nicht allein auf der Seite des Beklagten, ſondern auch auf der des Klägers vor der Anſtellung der Querel eine Erwerbshandlung in Anſehung der Erbſchaft verlangt wird[13]), wenn auch dieſe auf klägeriſcher Seite, wie im § 52 zu zeigen iſt, nur eine vorläufige iſt. Mindeſtens einen Antheil aber hat an dieſem Erforderniß auf der Seite des Klägers jedenfalls die Thatſache, daß das Centumviralgericht nicht zu einem das Teſtament vernichtenden Erkenntniß ſchreiten mochte, ſo lange nicht die Gewißheit des Erwerbs des Notherben beſtand[14]). Iſt nun aber dieſe Erwerbshandlung, wie begreiflich, nur dem Kläger und nicht den neben dieſem ſtehenden geſetzlichen Erben anzuſinnen, ſo dürfte folgen, daß auch die Beſeitigung des Teſtaments nur im Umfang des klägeriſchen Erbtheils, nicht rückſichtlich der Theile der Miterben, eintrat.

Schon von anderer Seite iſt hervorgehoben, daß für die herrſchende Anſicht aus dem unter I beſprochenen Recht in Anſehung einer Mehrheit von Teſtamentserben ein Beweis entnommen werden darf: wird dort die Regel „nemo pro parte“ cet. durch die Grundſätze über die Rechtskraft des Erkenntniſſes eingeſchränkt, ſo kann in unſerm Falle das Vorkommen des gleichen Rechtszuſtandes nicht befremden. Einen beſſeren Beweis gewährt der in den Quellen klar vorliegende Satz — auch auf ihn hat man ſchon verwieſen —, daß der Notherbe gegenüber dem vom Erblaſſer zum Alleinerben ernannten Mitpflichttheilsberechtigten die Beſeitigung des Teſtaments nur im Umfang des eigenen geſetzlichen Erbtheils erwirken kann[15]). Forderte wirklich die Rechtsconſequenz die völlige Vernichtung des Teſta-

---

[13]) Vergl. Sever. l. 2 C. h. t. 3. 28. Quamvis de inofficioso testamento *acturum te* bonorum possessionem accepisse proponas —. Freilich war dieſe bonor. poss. litis ordinandae gratia für den Civilerben nicht erforderlich, aber daß ſie zur Klage des prätoriſchen Erben verlangt wurde, iſt Beweis genug für den Satz des Textes. Beim Civilerben war auf alle Fälle die Antretungshandlung in der Anſtellung der Klage zu finden. Vergl. wegen deſſelben Constantin. l. 1 C. Th. h. t. 2. 19: et germanis tantummodo fratribus — *sine auxilio praetoris* petitionis aditus reseretur.

[14]) So Arndts II S. 580. — Neben dem im Text beſprochenen Grunde wird die Rückſicht eingewirkt haben, daß der Kläger in der meiſt mit der Querel verbundenen Vindication die Erbſchaft als ihm ſchon jetzt zuſtändig in Anſpruch zu nehmen hatte, dazu aber eine Erwerbshandlung Vorausſetzung war.

[15]) l. 16 pr. D. h. t. l. 6. 7 D. de dot. collat. 37. 7. Hartmann S. 25.

ments, ſo war doch davon im vorliegenden Fall am wenigſten abzugehen: der eingeſetzte Notherbe litt ja nicht darunter, da er auch als geſetzlicher Erbe zur Erbfolge kommen mußte.

Zu prüfen iſt ſchließlich, welche Bedeutung der l. 16 pr. D. h. t. (vergl. Anm. 15) bei unſrer Frage zukommt. Papinian äußert: Filio, qui de inofficioso matris testamento contra fratrem institutum de parte ante (de triente? Momms.) egit et optinuit, filia, quae non egit aut non optinuit, in hereditate legitima (fratri) non concurrit.

Nach Windſcheid (Anm. 5 cit.) ſoll darin ein directes Zeugniß für die diesſeitige Anſicht liegen: der Juriſt ſoll ſagen, die Schweſter, welche nicht geklagt oder doch nicht geſiegt habe, werde überhaupt nicht zur Erbfolge zugelaſſen, — alſo es werde ihr nicht blos ein Antheil an dem vom ausgeſchloſſenen Bruder erſtrittenen geſetzlichen Erbtheil abgeſprochen. Das ſcheint mir nicht in Papinian's Worten zu liegen: der enterbte Bruder hat mit der Pflichttheilsklage ſeinen Erbtheil gegenüber dem eingeſetzten Bruder erſtritten: dieſen Erfolg des Proceſſes ſoll ihm die auf den nämlichen Weg verwieſene Schweſter nicht verkürzen[16]). Einen indirecten Beweis dagegen liefert die l. 16 cit.: hätte die Schweſter ſich dem Teſtamentserben gegenüber auf das vom Bruder erſtrittene Erkenntniß berufen können, ſo hätte die Frage geringe Bedeutung gehabt, ob ihr der ausgeſchloſſene Bruder einen Theil der gewonnenen Quote abzutreten hatte.

§ 52.

E. Verhältniß der Querel zur Delation und zum Erwerb der geſetzlichen Erbfolge.

I. Die bisherige Darſtellung des Pflichttheilsrechts hat mehrfach im Zuſammenhang verwandter Lehren das Verhältniß der Querel zu den Grundſätzen über Delation und Erwerb der geſetzlichen Erbfolge berührt[1]). Dieſes Verhältniß iſt jetzt näher in's Auge zu faſſen.

Auszugehen iſt davon, daß die Querel die Beſeitigung des Teſtaments, damit die Herbeiführung der geſetzlichen Erbfolge zu Gunſten des Pflichttheilsberechtigten bezweckt. Da nun die geſetzliche Erbfolge erſt deferirt wird, ſobald feſtſteht, daß eine Beerbung auf

[16]) So ſchon Bas. 39. 1. 13 schol. 1. — Weiter wird von der Stelle im § 53 gehandelt werden.

[1]) Vergl. S. 265 ff. S. 389. S. 436. S. 446.

Grund des Teſtaments nicht ſtattfindet, ſo ſcheint die Annahme unabweislich, daß dem Notherben erſt bei rechtskräftig erkannter Aufhebung des Teſtaments deferirt wird. Daran iſt in der That feſtzuhalten; indeſſen muß der Satz gegenüber einigen Zweifelsgründen und dem Recht der Querel angehörigen regelwidrigen Erſcheinungen vollſtändig ſichergeſtellt werden.

Zunächſt darf nicht beirren, daß bei der patronatiſchen Pflichttheilsberechtigung die mit der bon. poss. contra tabulas gegebene geſetzliche Erbfolge in einem früheren Zeitpunkt — dem der Antretung der Erbſchaft durch die Teſtamentserben — deferirt wird[2]). Denn zur Geltendmachung der Berechtigung des Patrons bedarf es keiner Vorbereitung durch Beſeitigung des entgegenſtehenden letzten Willens: die Delation tritt ohne Weiteres ein, ſobald mit jener Antretung die Ausſchließung des Patrons vollendet iſt, der Letztere aber erwirbt ſeinen Erbtheil durch einfache Agnition der bonor. possessio.

Auch darin könnte man einen Anſtoß finden wollen, daß zur Anſtellung der Querel eine dieſer voraufgehende oder mit ihr ſelbſt gegebene Erwerbshandlung des Notherben in Anſehung der Erbſchaft gefordert wird[3]). Muß nicht, damit ein ſolcher Erwerb möglich ſei, die Delation der Erbſchaft vor der Erhebung der Querel erfolgen? Dieſem Bedenken iſt durch die ſchon im § 51 angedeutete Annahme zu begegnen, daß hier eine blos vorläufige Erwerbshandlung vorliegt, die man wohl forderte, theils weil eine Beſeitigung des Teſtaments unthunlich erſchien, wo der Erwerb Desjenigen, in deſſen Intereſſe man reſcindirte, noch ausbleiben konnte, — theils weil der Querelkläger neben dem Angriff auf das Teſtament vor dem Prätor die Vindication der Erbſchaft vornehmen oder doch vor den Centumvirn ſich auf ſeine Erbberechtigung als eine gegenwärtige berufen mußte. Allem Anſchein nach bildet auch dieſer Erwerb ein Glied in der Reihe von Gedanken, vermöge deren proceſſualiſch der erſt durch das Erkenntniß zu ſchaffende Zuſtand als ein von vornherein vorhandener und nur vom Recht anzuerkennender dargeſtellt wurde. Denn ſo wurde vom Kläger vor den Centumvirn nur von Pflichtwidrigkeit des Teſtaments geredet, die dann vermöge des Anſtrichs des Wahnſinns für einen Ungültigungsgrund des letzten

[2]) l. 3 § 5. 12. l. 36. l. 42 § 1 D. de bon. libert. 38. 2. Vergl. § 39 bei Anm. 59.

[3]) Vergl. § 51 bei Anm. 13. (S. 446).

Willens ausgegeben wurde. Die Rescission des Letzteren wurde weder ausdrücklich in der legis actio gefordert, noch im Erkenntniß ausgesprochen: hier wie dort wurde sie durch Auslegung als Folge des „inofficiosum esse" hingestellt. Und wieder machte der color insaniae in Verbindung mit der spätestens an der Schwelle des Processes gegebenen Erwerbshandlung des Klägers dessen Vindication des Vermögens als eines ihm zur Zeit schon zuständigen möglich.

Mit der entwickelten Gedankenreihe steht ein anderer Umstand in Verbindung, der gleichfalls einen Einwurf gegen unsre Verlegung der Delation auf die Zeit des rechtskräftigen Erkenntnisses über die Querel veranlassen könnte. Wird die Rescission des Testaments ausgesprochen, so wird Alles so gehalten, als wäre der Notherbe mit dem Tode des Erblassers zur Erbfolge gelangt, der in der Mitte liegende Erwerb des Testamentserben niemals erfolgt[4]). Hat dies Bedeutung für die Bestimmung des Zeitpunkts, in welchem deferirt wird? Gewiß nicht: das römische Recht behandelt ja auch sonst den Erwerb des Erben, zu welcher Zeit er stattfinden möge, als hätte er zur Zeit des Todes des Erblassers stattgefunden[5]). Zudem begreift es sich leicht, daß man in unserm Falle diesen Gedanken scharf ausprägte: richtete sich doch nach der Auffassung des Rechts die vernichtende Kraft des richterlichen Spruchs gegen den im letzten Willen gelegenen Delationsgrund der testamentarischen Erbfolge.

II. Bezüglich des Verhältnisses der Querel zum Erbschaftserwerb genügen wenige Worte, da Letzterer schon unter I mehrfach berührt werden mußte. Vorhin wurde bemerkt, daß die Einleitung der Querel eine Erwerbshandlung des Klägers erfordert. Auf Grund von dieser wird der Pflichttheilsberechtigte, sobald er eine ihm günstige richterliche Entscheidung erzielt hat, ohne Weiteres Erbe, also Träger aller erbschaftlichen Rechte und Verbindlichkeiten[6]). Hierin tritt jene Handlung an die Seite der bonor. possessio, wie sie dem unter

---

[4]) l. 21 § 2 D. l. 22 C. h. t. (So gilt, wie beide Stellen aussprechen, die Confusion der zwischen dem Testamentserben und der Erbschaft bestehenden Forderungen als nicht eingetreten).

[5]) l. 54 D. de A. v. O. H. 29. 2. l. 138 pr. D. de R. J. 50. 17. Weitere Stellen bei Schirmer I S. 67 Anm. 9.

[6]) Vergl. § 50, Text bei Anm. 3 und 4 (S. 435). Dazu l. 8 § 16 D. h. t.: — et suus heres erit, secundum quem judicatum est, et bonorum possessor, si hoc se contendit. Leist, Forts. von Glück II S. 260 f.

einer (noch ſchwebenden) Bedingung zur Erbfolge Gerufenen ertheilt wird, nur daß zwar unſre Erwerbshandlung, nicht aber die bon. possessio den Uebergang der noch nicht erworbenen Erbſchaft auf die Erben vermittelt, — ferner an die Seite der bon. poss. decretalis, wie ſie etwa dem eingeſetzten Hausſohn oder Emancipirten ertheilt wird, der wegen in Ausſicht ſtehender Geburt eines (übergangenen) Poſtumus weder auf Grund des Teſtaments noch kraft geſetzlicher Erbfolge erwerben kann[7]).

Wenn ſoeben bemerkt wurde, daß die auf die Erbſchaft gerichtete Erwerbshandlung des Notherben den Uebergang der Querel und der durch dieſe zur Geltung zu bringenden geſetzlichen Erbberechtigung auf die Erben des Pflichttheilsberechtigten zu vermitteln geeignet iſt, ſo iſt dies in Einem Punkte zu berichtigen. Behufs des Uebergangs der Querel bedarf es noch eines andern, übrigens meiſt in der nämlichen Handlung beſchloſſenen Moments: der Notherbe muß den Willen bethätigen, die im Ausſchluß von der Erbfolge liegende Kränkung aufzunehmen[8]). Von der ſich hiernach ergebenden doppelten Willensäußerung iſt näher im § 56 zu reden.

Noch iſt die Anknüpfung an eine andere, ſogleich (§ 53 unter I) zu behandelnde Lehre aufzuweiſen. Indem ſchon vom Tode des Erblaſſers an eine vorläufige Erwerbshandlung (zur Vorbereitung der Pflichttheilsklage wie zur Sicherung des Uebergangs auf die Erben) zugelaſſen wurde, mußte es ſich von ſelbſt ergeben, daß man bei einer Mehrheit von Notherben auch die Möglichkeit der Anwachſung von eben jenem Zeitpunkt ab annahm.

§ 53.

F. Anwachſung und Succeſſion bei der Querel.

I. Im Recht der Querel tritt eine Anwachſung auf[1]), kraft deren ein an ſich nur nach Maßgabe ſeines geſetzlichen Erbtheils zur

[7]) l. 84 D. de A. v. O. H. 29. 2. l. 4 § 3. l. 5 D. de B. P. co. tab. 37. 4.

[8]) Nur in Einem Falle wird begrifflich für den Uebergang der Querel auf die Erben nur die auf die Verfolgung der Kränkung gerichtete Willensäußerung, nicht auch noch eine Erwerbshandlung verlangt, — dann nämlich, wenn der Notherbe suus des Erblaſſers iſt: l. 7. D. h. t. Dies hat für die uns gegenwärtig beſchäftigende Function der Erwerbshandlung als einer Vorausſetzung für die Einleitung des Querelſtreits keine Bedeutung, da doch thatſächlich immer in der Einleitung, ja in der Vorbereitung des Proceſſes Seitens des suus die Bedingungen einer Erwerbshandlung gegeben ſind.

[1]) Francke S. 270—276, verbunden mit S. 257—259. Mühlenbruch **35** S. 399—421. Vangerow II § 480 Anm. 1.

Querel Berechtigter die Beſeitigung des Teſtaments ſowie demnächſt die Herausgabe der Erbſchaft in einem über jenen Erbtheil hinausreichenden Umfange verlangen kann. Die dürftigen Zeugniſſe über das Inſtitut, wie ſie ſich in den Quellen darbieten, haben mehrfach zu Streit Veranlaſſung gegeben. An Ausſprüchen, welche die Anwachſung ſpeciell in Anwendung auf die Querel erwähnen, ſind nur die folgenden zwei vorhanden:

a. Paul. l. 17 pr. D. h. t. Qui repudiantis animo non venit ad accusationem inofficiosi testamenti, partem non facit his qui eandem querellam movere volunt.

Im Fortgang der Stelle wird bemerkt: habe von zwei enterbten Kindern das eine geklagt und (bei vorliegendem Verzichtswillen des andern) die ganze Erbſchaft vindicirt, ſo könnte man zwar entgegenhalten, daß daſſelbe ſeinen Anſpruch zu weit ausgedehnt habe, da nach Beſeitigung des Teſtaments auch das andre Kind zur geſetzlichen Erbfolge gerufen werde; indeſſen ſtehe dem Kläger (einem ſolchen Einwande des Teſtamentserben gegenüber) die Berufung auf das rechtskräftige Erkenntniß zur Seite[2]).

b. Derſelbe Juriſt lehrt in l. 23 § 2 D. eod.:

Si duo sint filii exheredati et ambo de inofficioso testamento egerunt *et unus postea constituit non agere*, pars ejus alteri adcrescit. idemque erit, *et si tempore exclusus sit.*

Streitig iſt hier, ob das durch die Stellen bezeugte Rechtsinſtitut gleich den ſonſtigen Anwendungen der Anwachſung den Erbtheil des ausfallenden Notherben zum Gegenſtand hat, oder ob das Querelrecht anwächſt. Weiter ſind die einzelnen Fälle beſtritten, in denen die Anwachſung auftritt.

A Ich will ſofort eine Antwort auf jene erſte Frage nach dem Gegenſtande der Anwachſung zu gewinnen ſuchen. Nach meiner Anſicht wächſt der mit Hülfe der Querel zu erlangende Erbtheil an[3]); daß der Erwerbende zugleich die Querel erlangt, ohne die begreiflich die Anwachſung des Erbtheils regelmäßig bedeutungslos

[2]) Vergl. § 47 unter I B. 1 (S. 408), wo die Stelle beſprochen iſt.

[3]) So die wohl noch heutzutage herrſchende Anſicht. Vergl. Francke S. 271. Bangerow II § 480. Anm. 1 unter 1, auch Brinz II § 201 unter 4 (S. 843). Die Meinung, welche die Anwachſung auf die Querel bezieht, vertheidigt Mühlenbruch S. 401. 406—411; zuſtimmend anſcheinend Windſcheid III § 584 unter b., beſonders Anm. 25.

wäre, iſt nur Folge davon, daß in Anſehung dieſes Erbtheils die Vorausſetzungen der Querel beim Tode des Erblaſſers begründet waren, und daß der Erwerber ſelbſt querelberechtigt iſt. Für dieſe Auffaſſung ſprechen vornehmlich zwei Gründe.

Soviel muß jede Anſicht annehmen, daß der Erbtheil oder doch auch der Erbtheil, wenn auch als ein erſt durch die Beſeitigung des letzten Willens zu erlangender, anwächſt. Wer das leugnen wollte, würde nicht anzugeben vermögen, auf welchem Wege der Erbe zu jenem Erbtheil käme: die Querel ſchafft doch keine Erbberechtigung, ſondern iſt Folge einer ſolchen. Nun läßt ſich aber aus jener Anwachſung des Erbtheils die Entſtehung des auf dieſen gerichteten Querelrechts in der Perſon des Erwerbers vollkommen erklären, ohne daß man die Thatſache eines Uebergangs dieſes Rechts von dem einen auf den andern Erben zur Hülfe nehmen müßte: zur Erklärung dienen folgende Umſtände.

Sofort mit dem Tode des Erblaſſers ſteht feſt, welchen nächſten Blutsverwandten deſſelben in dieſem einzelnen Erbfall Pflichttheilsberechtigung zukommt: für die nicht bedachten Notherben iſt mit eben jenem Zeitpunkt, und noch bevor ihr Querelrecht mit dem Erbſchaftserwerb der Teſtamentserben vollſtändig entſtanden iſt, die Befugniß begründet, die Querel vorzubereiten und eine auf die Antretung der Erbſchaft gerichtete (vorläufige) Erwerbshandlung vorzunehmen, — Beides vor Allem zu dem Zweck, den Uebergang von Querel und Erbtheil auf ihre Erben zu ſichern[4]). Sind nun mehrere in jener Weiſe verletzte Notherben vorhanden, ſo ſind dieſe inſofern mit einander verbunden, als für ſie ſämmtlich im Umfange der ihnen zuſtehenden geſetzlichen Erbberechtigung die geſetzliche Erbfolge durch die Querel in's Leben zu rufen iſt, — ſie bilden danach einen abgeſchloſſenen Kreis von Erben, im Gegenſatz der Teſtamentserben. Dem Weſen aller Erbfolge entſprechend aber muß innerhalb dieſes Kreiſes Anwachſung und zwar zufolge des Gegenſatzes gegen die teſtamentariſche Erbfolge eine die Teſtamentserben ausſchließende Anwachſung ſtattfinden. Gegenſtand derſelben aber iſt der durch die Querel zu gewinnende geſetzliche Erbtheil: der Erwerber hat die Querel, weil bei dieſem Erbtheil von Anfang an dem Pflichttheilsrecht entgegengehandelt war, und weil er ſelbſt zu den Perſonen gehört,

[4]) Vergl. einſtweilen § 51.

für welche dem Testament zuwider die gesetzliche Erbfolge herbeizuführen ist. — Damit dürfte die Möglichkeit einer Querel des Erwerbers aufgezeigt sein, ohne daß man diese als vom ausscheidenden Notherben auf den Erwerber übergegangen denken müßte.

Der zweite Grund ist dieser. Anwachsung findet statt bei Ausfall des zunächst Berechtigten durch Verzicht, Verjährung, Tod oder Verlust der Erbfähigkeit[5]). Das sind eben so viele Gründe eines Wegfalls der Querel (vergl. die §§ 54—56); es ist aber nicht zu sagen, wie trotz eines solchen Untergangs das Querelrecht, wäre es auch bereits in der Person des Verlierenden vorhanden gewesen, auf den Erwerber sollte übergehen können.

Mühlenbruch (S. 410 f.) setzt der hier vertheidigten Ansicht die folgenden Argumente entgegen. Vorerst macht er geltend, wo nach den Grundsätzen der gewöhnlichen, alle Erbberechtigung begleitenden Anwachsung ein Erbtheil erworben werde, geschehe dies mit Rechtsnothwendigkeit, selbst nach dem Tode des Berechtigten[6]); dagegen müsse dem Querelkläger überlassen bleiben, ob er seinen Anspruch über den ursprünglichen gesetzlichen Erbtheil hinaus ausdehnen wolle, auch sei gewiß nicht zu sagen, daß das Recht auf das Anwachsende auf die Erben überginge. — Wäre das zuzugeben, so ließe sich immer sagen: darin liegt eine Singularität des Pflichttheilsrechts, die nicht im Mindesten leichter begreiflich wird, wenn man die Anwachsung, statt auf den Erbtheil, auf die Querel bezieht. Indessen hat Mühlenbruch nur zu einem geringen Theile Recht. Da der Notherbe erst seiner gesetzlichen Erbberechtigung durch die Querel Raum schaffen muß, so hat er es allerdings in der Hand, ob er diese Klage auf den ursprünglichen Erbtheil beschränken oder auf den zweiten Theil ausdehnen will. Allein wenn die Anwachsung vor dem Rechtsstreit oder im Laufe desselben erfolgt, und wenn es dem Testamentserben wünschenswerth ist, auch von dem der Anwachsung unterliegenden Erbtheil frei zu werden[7]), so wüßte ich nicht, warum derselbe nicht mittelst einer exceptio doli die Abnahme dieses zweiten

[5]) Verzicht und Verjährung: l. 17 pr. l. 23 § 2 citt. — Tod des Berechtigten sowie Verlust der Erbfähigkeit vermöge der Analogie der beiden ersten Gründe.

[6]) So in der That l. 31. l. 53 § 1 D. de A. v. O. H. 29. 2. l. un. § 10 C. de cad. toll. 6. 51. l. 9 D. de suis 38. 16.

[7]) Dies wird sich selten von einem Testamentserben sagen lassen, der es auf den Proceß über die Querel ankommen läßt.

Theils ſollte erzwingen können. Ebenſowenig nehme ich Anſtand, aus der Natur der Anwachſung die Folgerung zu ziehen, daß dieſelbe ſich auch in unſerem Falle noch in der Perſon der Erben des Pflichttheilsberechtigten vollzieht, — auch bei ihnen in dem Maße, daß ſie der genannten exceptio unterliegen. Tritt freilich die Anwachſung erſt nach beendigtem Querelſtreit ein, ſo fehlt es an einem Mittel für den Teſtamentserben, die Abnahme des zweiten Erbtheils durchzuſetzen [8]): aber dies iſt nicht Folge davon, daß in unſrer Lehre der von Mühlenbruch behauptete Begriff der Anwachſung zur Anwendung käme, ſondern lediglich Folge davon, daß hier der Erbſchaftserwerb durch die vorausgehende Querel vermittelt wird.

Ohne Bedeutung iſt Mühlenbruch's zweiter Einwurf. Die diesſeitige Auffaſſung des Begriffs der Anwachſung ſoll zu einem falſchen Ergebniß führen, wenn der ausfallende Notherbe *Bruder* des Erblaſſers war, der ſich (abgeſehen von concurrirenden Notherben) einem beſcholtenen und einem unbeſcholtenen Teſtamentserben gegenübergeſtellt fand. Mühlenbruch macht geltend, nach richtiger Anſicht könne hier nur anwachſen, was mit der Querel gefordert werden durfte, und doch müſſe die Anſicht, welche den geſetzlichen Erbtheil als Gegenſtand der Anwachſung behandle, den vollen Erbtheil des Bruders accresciren laſſen. Dieſe Conſequenz iſt einfach zu beſtreiten. Gleich Mühlenbruch laſſen wir Anwachſung nur bei Erbtheilen zu, in Anſehung deren die Querel begründet war: kommt dieſe nun blos *für eine Quote* des einzelnen Erbtheils zur Entſtehung, ſo kann auch nur dieſe Quote anwachſen.

B. Um zu beſtimmen, in welchen Fällen die dem Pflichttheilsrecht eigenthümliche Anwachſung wirkſam wird, iſt mit einigen Worten auf deren Weſen einzugehen.

Da das Pflichttheilsrecht die *geſetzliche* Erbberechtigung des Notherben zur Geltung bringen will, ſo kann hier von einer Anwachſung nicht vor dem Tode des Erblaſſers die Rede ſein. Denn alle Anwachſung ſetzt das Daſein von Erbtheilen und das Daſein einer Mehrheit von Erbtheilen voraus: beim Pflichttheilsrecht aber ſind die Perſonen der Notherben, damit auch die von dieſen in An-

[8]) Ebenſowenig können in dem vorausgeſetzten Falle Erbſchaftsgläubiger den Notherben rückſichtlich des anwachſenden Theils in Anſpruch nehmen: denn das Urtheil auf die Querel hat das Teſtament nur inſoweit beſeitigt, als dies vom Kläger beantragt war.

spruch zu nehmenden gesetzlichen Erbtheile erst mit dem Tode des Erblassers gegeben [9]).

Mit dieser Thatsache ist die andere zu verbinden, welche unter A zur Darstellung der Art und Weise entwickelt wurde, in welcher die Querel für den durch Anwachsung Erwerbenden begründet wird. Es handelt sich auf dem Gebiet des Pflichttheilsrechts lediglich um die gesetzliche Erbberechtigung der Verwandten, denen der Pflichttheil vom Erblasser vorenthalten ist, — damit um einen abgeschlossenen, zu den Testamentserben im Gegensatz stehenden Kreis gesetzlicher Erben. Auf eben diesen Kreis beschränkt sich die hier zu besprechende Anwachsung: eine solche kann daher nur erzeugt werden, indem nach des Erblassers Tode, doch vor erfolgtem (wenn auch nur vorläufigem) Erwerb von Erbtheil und Querel einer dieser querelberechtigten Notherben wegfällt. Damit ergeben sich die schon unter A genannten Gründe der Anwachsung: der Verzicht, Tod oder Verlust der Erbfähigkeit in der Person des zunächst Berechtigten, die Verjährung seines Querelrechts [10]). Das Gebiet dieser Gründe wird besser erkennbar, indem es zugleich negativ abgegrenzt wird. Es findet keine Anwachsung statt rücksichtlich der Erbtheile der einzelnen Testamentserben, demzufolge aber auch nicht bezüglich der enterbten oder wegen ihres Pflichttheils durch Zuwendungen des Erblassers abgefundenen Notherben, — auch nicht bezüglich der Theile von gesetzlichen Erben ohne Notherbenberechtigung; denn über alle diese Theile ist wirksam zu Gunsten der Testamentserben verfügt.

Auch für das soeben gezeichnete eingeschränkte Gebiet der Anwachsung ist noch eine Ausnahme anzuerkennen: sie ist gegeben, wenn ein zunächst berufener Notherbe mit seiner Querel rechtskräftig abgewiesen ist. Auf Grund dieser richterlichen Entscheidung ist dem betreffenden Erbtheil der Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache angeheftet, dieser stellt sich jedem andern Erben entgegen, der sich auf Anwachsung berufen wollte, da ja ein solcher Erbe den Erbtheil nur im Widerspruch mit dem rechtskräftigen Erkenntniß durch eine neue Querel an sich bringen könnte. So klar die Frage liegt,

---

[9]) Anders Francke S. 273 f.: derselbe betont den Zeitpunkt, wo mit der Vernichtung des Testaments die gesetzliche Erbfolge eröffnet wird: hier sind in den zu beanspruchenden Erbtheilen schon die Ergebnisse der Anwachsung enthalten.

[10]) Vergl. Anm. 5.

ſo hat es doch nicht an einzelnen abweichenden Stimmen gefehlt[11]); geſtützt hat man ſich dabei auf die Aeußerungen Papinian's in l. 16 D. h. t. — einer Stelle, die ſchon § 51 unter II (S. 447) beſprochen iſt. Hier heißt es:

> Filio, qui de inofficioso matris testamento contra fratrem institutum de parte ante (de triente? Momms.) egit et optinuit, filia, quae non egit aut non optinuit, in hereditate legitima (fratri del. Momms.) non concurrit.

Zwei Punkte ſind es vornehmlich, auf die es bei der Stelle ankommt. Was heißt „de parte ante"? Gewiß haben die Worte eben den Sinn, welcher durch die von der Mommſen'ſchen Ausgabe vorgeſchlagene Textesverbeſſerung („de triente") angedeutet wird. Danach hat der Sohn nicht etwa nach ſeiner Schweſter und nach erfolgter Zurückweiſung derſelben geklagt, ſondern er hat ſich von vorn herein auf ſeinen geſetzlichen Erbtheil beſchränkt: ein Drittel, da der eine Bruder eingeſetzt, der andere gleich der Schweſter enterbt war. In Uebereinſtimmung damit iſt ferner das „filia quae *non egit* aut *non optinuit*" nicht von einem Verzicht oder einem der Klage des Bruders voraufgehenden Unterliegen der Schweſter im Querelſtreit zu verſtehen; vielmehr will der erſte Ausdruck nur beſagen, daß die Tochter bisher eine Klage nicht angebracht hatte, der zweite geht auf einen Proceßverluſt, der nach dem vom Bruder erſtrittenen günſtigen Urtheil erfolgte[12]). — Hieraus erhellt, daß l. 16 cit. überall nicht von Anwachſung, am wenigſten von der Anwachſung eines durch rechtskräftigen Beſcheid aberkannten Querelrechts handelt.

Aber auch die obige Regel, wonach die Anwachſung auf die Erbtheile ſolcher wirklicher Notherben zu beſchränken iſt, welche aus den oben bezeichneten Gründen nach dem Tode des Erblaſſers wegfallen, hat Widerſpruch gefunden. Einzelne Schriftſteller haben allgemein Anwachſung behauptet rückſichtlich der Erbtheile Derjenigen, welche die Querel nicht erheben wollen oder können, — mit Ausnahme nur etwa des Notherben, dem der Pflichttheil gewährt iſt[13]). Demnach wäre insbeſondere bezüglich derjenigen Theile Anwachſung ge-

---

[11]) Vergl. die litterariſchen Angaben bei Mühlenbruch S. 411—414.

[12]) So von den Neueren Francke S. 275 f. Mühlenbruch S. 412—414. Vangerow II § 480 Anm. 1 unter 1 a. E.

[13]) So Mayer, Erbrecht I § 86 Anm. 13. Weitere litterariſche Angaben bei Vangerow a. a. O.

geben, welche auf Verwandte mit geſetzlicher Erbberechtigung ohne Notherbenrecht oder auf die gültig Enterbten fielen. Von unſerm Standpunkt betrachtet gehen die Fälle über die Grenzen der Anwachſung hinaus, da bei ihnen nicht von einem Wegfall nach dem Tode des Erblaſſers geredet werden kann. Es kommt hinzu, daß der Erbtheil des Enterbten und beſtimmt auch des einfachen Inteſtaterben nach den Quellen bei der Ermittlung des geſetzlichen Erbtheils wie des Pflichttheils des Notherben in Anſchlag gebracht wird[14]). Läßt man ihn ſo mindernd auf den Anſpruch des Notherben einwirken, ſo iſt nicht daran zu denken, daß er demſelben als Zuwachs zugewieſen würde. — Auch die Meinung, welche bei ſiegreicher Durchführung der Querel durch den einzelnen Notherben das Erkenntniß zu Gunſten der übrigen zur geſetzlichen Erbfolge berufenen Verwandten wirken läßt (der Enterbten, der gültig Abgefundenen u. ſ. f.)[15]), muß bei hinzutretendem Wegfall einzelner von dieſen Inteſtaterben eine Anwachſung anerkennen, welche die von uns oben beſchriebenen Grenzen überſchreitet. Gegenüber jener Auffaſſung iſt auf unſre Bemerkungen im § 51 unter II Bezug zu nehmen.

Zum Abſchluß dieſer Ausführungen bemerke ich mit einigen Worten, was die Quellen über die Anwachſung bei der bon. possessio contra tabulas des Patrons enthalten. Sie bieten uns den allgemeinen Ausſpruch, daß bei Nichterwerb der bonor. possessio Seitens des einen Patrons Anwachſung eintritt[16]). Beſondere Anwendungen — den Verluſt des Pflichttheilsanſpruchs Seitens des einen Patrons zur Strafe und den Tod eines Patrons — würde man nach Schmidt[17]) in der folgenden l. 24 de bon. libert. 38. 2 von Julian zu finden haben:

Communi liberto si ex duobus patronis alter jusjurandum exegerit (adegerit? Momms.), ne uxorem ducat[18]), vel vivo liberto

---

[14]) l. 8 § 8 D. h. t. Mühlenbruch S. 400 ff. — Vergl. oben den § 37 unter I.

[15]) So Huſchke, rhein. Muſeum VI S. 344 ff.

[16]) Julian. l. 21 D. de bon. libert. 38. 2. Ex tribus patronis *uno cessante* bonorum possessionem petere —. Ulp. l. 4 § 1 D. si quid in fraud. 38. 5 — sed si (qui ins. Momms.) *viriles non petent* —. Vergl. auch l. 21 § 2 D. de jure patron. 37. 14.

[17]) Pflichtth.-R. S. 40 Anm. 17.

[18]) Ueber dieſen Fall Schmidt S. 49 unter a, verbunden mit S. 55 Anm. 60; über die Stelle denſ. S. 40 f. Anm. 17.

decesserit: is qui extra hanc culpam fuerit vel supervixerit *partis utrique debitae bonorum possessionem solus habebit.*

Ich nehme Anstand, mich dieser Auffassung anzuschließen. Jedenfalls sagt Julian nichts von einer Anwachsung, und in der That läßt sich von einer solchen nach dem, was wir im Eingang von B über den Begriff der Anwachsung in Anwendung auf die Pflichttheilsberechtigung ausgeführt haben, bei den in der Stelle erörterten Fällen nicht reden. Der Mitpatron ist bei Lebzeiten des Freigelassenen das eine Mal durch widerrechtliches Handeln der Aussicht auf den Pflichttheil verlustig geworden, das andere Mal verstorben. Demnach ist weder hier noch dort ein Pflichttheilsanspruch in seiner Person zur Entstehung gekommen; denn erst mit dem Tode des Freigelassenen bestimmt sich, wem Pflichttheilsberechtigung zukommt[19]).

In den Fällen der l. 24 cit. erhält der zweite Patron die volle Hälfte des Nachlasses lediglich darum, weil er keinen zweiten Pflichttheilsberechtigten neben sich findet[20]).

Das beim patronatischen Pflichttheilsrecht vorliegende Quellenmaterial kann nach dem soeben Bemerkten unsre Kenntniß von dieser besonderen Anwendung des Anwachsungsrechts nicht erweitern.

II. Succession bei der Querel[21]). Schon das classische Recht hat eine Aufeinanderfolge der Pflichttheilsklagen der mehreren hinter einander stehenden Notherben anerkannt: bleibt die Querel des in erster Linie Berechtigten aus, so ist dem zunächst hinter ihm Stehenden die gleiche Klage nicht zu versagen. So allgemein Paul. l. 31 pr. D. h. t.

Si is qui admittitur ad accusationem, nolit aut non possit accusare, an sequens admittatur, videndum est. et placuit posse, ut fiat successioni locus.

Der Ausdruck der Stelle „nolit aut non possit accusare" deckt alle Gründe eines Wegfalls des Erstberufenen, es mag derselbe auf dessen Willen beruhen (Verzicht, absichtliches Verjährenlassen der Querel), oder ohne solchen Willen sich mit Nothwendigkeit vollziehen

---

[19]) Vergl. § 36 unter III und Schmidt selbst S. 37 f.

[20]) Zu erwähnen ist etwa noch die Anwachsung bei der assignatio liberti in l. 3 § 7 — l. 5 pr. D. de assign. lib. 38. 4. Diese beschränkt sich indessen nicht auf die patronatische Pflichttheilsberechtigung.

[21]) Francke S. 276—285. Mühlenbruch 35 S. 475—480. Bangerow II § 480 Anm. 2.

(gültige Ausschließung — nicht beabsichtigte Verjährung — Abweisung durch Richterspruch — Tod des Berechtigten). Wie uns die Worte der Aeußerung einladen, derselben diese allgemeine Bedeutung unterzulegen, so fordert zu einer gleichen Ausdehnung des Rechtssatzes eine einzelne in den Quellen vorkommende Anwendung und die Analogie des Rechts bei der Pflichttheilsberechtigung des Patrons auf. Von Letzterer kann erst an späterer Stelle geredet werden; die Einzelentscheidung bietet uns Papinian's l. 14 D. h. t. Ein Emancipirter stirbt mit Hinterlassung eines in der Gewalt des Großvaters verbliebenen und eines nach der Emancipation erzeugten Sohnes: in seinem Testament werden beide Kinder enterbt, der Vater des Erblassers wird übergangen. Hier sind zunächst nur die Söhne querelberechtigt; werden sie rechtskräftig abgewiesen, so steht dem Vater die Querel zu. Daß die Abweisung des Nächstberechtigten durch Richterspruch den entfernter Stehenden zur Klage ruft, muß in der That als Beweis für die weite Ausdehnung der Succession angesehen werden. Die Anwachsung hatten wir oben im Fall rechtskräftiger Abweisung des einzelnen Notherben zu versagen (S. 455 f.); der bei dieser besonderen Anwendung hervortretende Gegensatz des Rechts der Succession erklärt sich daraus, daß bei der Succession überall nichts auf den nachfolgenden Berechtigten übergeht, — weder Querel noch Erbberechtigung: Letzterer stützt sich lediglich auf die eigne Berechtigung. Darum kann ihm das dem andern Notherben ungünstige Erkenntniß nicht entgegengehalten werden.

Der in den Sätzen über die Succession zur Erscheinung kommende Gedanke ist oft genug ausgesprochen: hat auch der Erblasser gerechten Grund zur Ausschließung des nächsten Notherben, so stehen ihm noch immer die unmittelbar auf diesen folgenden Blutsverwandten mit Pflichttheilsberechtigung so nahe, daß ihm deren Bedenkung zuzumuthen ist: andernfalls trifft ihn doch der Vorwurf eines lieblosen Vergebens seines Vermögens. Erkennt man hierin den treibenden Gedanken des Instituts, so wird man sich leicht zu einer Einschränkung der demselben entsprechenden Regel entschließen: eine Succession in die Querel tritt nicht ein, wenn dem Verwandten, welcher sich zur Zeit des Todes des Erblassers als dessen nächster Notherbe darstellt, der Pflichttheil zugewendet ist, — ja nach Justinianischem Recht genügt mit Rücksicht auf die Ergänzungsklage ein irgendwelches Bedenken jenes Noth-

erben. Indem der Erblaſſer dem Anſinnen des Rechts in Anwendung auf dieſen Notherben entſpricht, ſichert er ſich für den Reſt des Vermögens die freie Verfügung. Es iſt auch ohne Weiteres zu erkennen, daß die Pflichttheilsberechtigungen leicht den Beſtand des Vermögens überſchreiten würden, wenn man jene Beſchränkung der Succeſſion nicht gelten laſſen wollte. (Vergl. § 36 S. 274.)

Wie ſchon angedeutet wurde, iſt die Perſon, zu welcher vermöge unſres Inſtituts die Querel fortſchreitet, der an erſter Stelle auf den ausgeſchloſſenen Erben folgende Pflichttheilsberechtigte. Pflichttheilsberechtigung aber erfordert geſetzliche Erbberechtigung: darum ſcheint zu folgen, daß nur der als nunmehriger Berechtigter gelten kann, welchem die nächſte Inteſtatberechtigung hinter dem Ausgeſchloſſenen zukommt, daß ein Notherbe nicht zugelaſſen wird, der zwiſchen ſich und dem erſten Notherben einen geſetzlichen Erben ohne Pflichttheilsberechtigung vorfindet[22]). Ohne Einſchränkung iſt weder dieſe Lehre[23]) zu laſſen, noch der allgemeine Satz, daß der keine Querel hat, dem ein geſetzlicher Erbe ohne Pflichttheilsrecht vorgeht. Wenn eine Erblaſſerin ihr Kind übergeht, ſo müßte ſie ihre Eltern bedenken, um ihren letzten Willen gegen die Querel zu ſichern: wenn aber der Erblaſſer das vollbürtige Bruderskind übergeht, ſo hätte ſich der gleichfalls übergangene Halbbruder vom Vater her trotz der Einſetzung beſcholtener Erben bei ſeiner Ausſchließung zu beruhigen? Was in aller Welt ſoll die Unterſcheidung begründen? Etwa der Umſtand, daß der geſetzliche Erbe ohne Notherbenberechtigung keine Querel hat? In Folge davon ſteht freilich von vorn herein feſt, daß er das Teſtament nicht anfechten kann: aber damit läßt ſich doch unmöglich rechtfertigen, daß ſeine Uebergehung die Succeſſion des in der nächſtfolgenden Stelle ſtehenden Notherben weniger begründen ſollte, wie die gültige Uebergehung eines Pflichttheilsberechtigten (z. B. des vollbürtigen Bruders). Wir glauben demnach die herrſchende Lehre in folgender Weiſe beſchränken zu müſſen. Man hat den Nachdruck auf das Bedenken des geſetzlichen Erben ohne Notherbenberechtigung zu legen. Wo ein ſolches vorliegt, muß die Succeſſion ausgeſchloſſen werden, ähnlich wie

[22]) Beiſpiel: auf den ausgeſchloſſenen Sohn folgt das Kind eines verſtorbenen halbbürtigen Bruders, — erſt auf dieſen ein Halbbruder von der Vaterſeite.

[23]) Francke S. 202 f. 279. Mühlenbruch 35 S. 146. Vangerow II § 480 Anm. 2.

dies oben bei der Bedenkung des zuerst berufenen Notherben dargelegt wurde: ist dagegen jener gesetzliche Erbe nicht bedacht, so darf nach unsrer Ansicht die Succession nicht versagt werden.

Man hat mehrfach darauf aufmerksam gemacht, daß in der Succession ein regelwidriges Recht zur Erscheinung kommt[24]). Wenn die Querel des vermöge der Succession eintretenden Notherben das ganze Testament umstößt, so muß dies dessen ganzen Inhalt vernichten, namentlich auch die Enterbungen[25]): müßte danach nicht der wenngleich aus gerechtem Grunde im Testament ausgeschlossene voraufgehende Notherbe dem Sieger vermöge seiner besseren gesetzlichen Erbberechtigung die Erbschaft wieder abnehmen können? Daß dies nicht angeht, zeigt die l. 14 D. h. t. Hier hat das auf die Querel der beiden einzigen Söhne des Erblassers ergangene abweisende Erkenntniß offenbar deren Enterbung für begründet angenommen, die nunmehr zugelassene Querel des Vaters aber muß die Beseitigung des letzten Willens in seinem ganzen Umfange zur Folge haben: und doch ist nach der Fassung der Stelle nicht daran zu denken, daß der Vater die Erbschaft wieder an die Söhne (seine Enkel) verlieren könnte.

Gegenüber diesen Sätzen muß nach zwei Seiten hin eine Aufklärung gesucht werden. Es ist zu sagen, wie der nachstehende, mit der Querel durchdringende Notherbe die Erbschaftsklage des ihm an sich in der gesetzlichen Erbfolge vorgehenden Pflichttheilsberechtigten zurückweist; — sodann ist anzugeben, in welcher Weise die Römer die singuläre Wirksamkeit der Enterbungen, bei aufgehobenem Testament, gerechtfertigt haben mögen. Auf die erste Frage findet sich eine Antwort bei Francke[26]): dieser verleiht dem nachstehenden Notherben gegen die Klage des voraufgehenden die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache aus dem in seiner Klagesache wider den Testamentserben ergangenen Erkenntniß. Dieser Einwand, in welchem offenbar abermals ein regelwidriger Rechtssatz zu erkennen wäre, wird aus l. 17 pr. D. h. t. abgeleitet. Francke's Ansicht erscheint unannehmbar. Die von der Anwachsung bei der Querel handelnde l. 17 cit. berührt das Bedenken, daß der einzelne

[24]) Francke S. 280, verglichen mit S. 265 f. Mühlenbruch S. 474. Bangerow a. a. O.

[25]) l. 20 pr. D. de B. P. co. tab. 37. 4. l. 12 § 5 D. de bon. libert. 38. 2.

[26]) Recht der Notherben S. 281 verglichen mit S. 266.

Notherbe, der bei Verzicht eines zweiten sich mit Hülfe der Querel die ganze Erbschaft verschaffe, anscheinend zuviel vindicirt habe, da zu der mit der Pflichttheilsklage eröffneten gesetzlichen Erbfolge auch der Verzichtende gerufen werde. Mit Rücksicht hierauf wird dann allerdings geäußert, der Sieger könne sich auf das rechtskräftige Erkenntniß berufen; allein dabei ist an die Zurückweisung von Einwürfen des Testamentserben zu denken, nicht an eine Erbschaftsklage des andern Pflichttheilsberechtigten [27]).

Wie mir scheint, ist unsre auf die Succession bezügliche Frage dahin zu beanworten. Da die Römer den Schritt gethan hatten, die Querel von dem ausgeschlossenen nächsten Berechtigten auf den ferner stehenden in dessen Interesse fortschreiten zu lassen, so verstand es sich von selbst, daß dieser im Wege der Jurisdiction gegen Ansprüche des ersten zu schützen war. War der erste Notherbe mit der Querel gegen den Testamentserben zurückgewiesen, so wird man ihm die Klage wider den später mit Erfolg aufgetretenen nachstehenden Notherben versagt haben; lag eine Abweisung im Proceß nicht vor, so half man wohl mit einer exceptio in factum, die hervorhob, daß und warum der jetzige Kläger mit der Querel nichts hätte ausrichten können.

Auf die andre Frage, wie die Römer die Aufrechthaltung der Enterbung bei völlig umgestoßenem Testament wissenschaftlich gerechtfertigt haben mögen [27b]), ist im Grunde die Antwort in dem soeben Gesagten enthalten: hatte man das Princip der Succession angenommen, so war es eine unabweisliche Folge, daß ein Ausschließungsgrund, der einmal ein Fortschreiten der Querel zu einem an späterer Stelle Stehenden begründet hatte, nicht durch die demnächst von diesem neuen Berechtigten mit der Querel erzielten Erfolge entkräftet werden konnte.

Hinzuzufügen ist, daß der Anstoß zu der ausgedehnten Zulassung der Succession bei der Querel wohl von der bon. poss. contra tabulas des Patrons ausgegangen ist. Es soll unten gezeigt werden,

---

[27]) Vergl. Hartmann S. 18.

[27b]) Wenn Vangerow a. a. O. zur Erklärung der im Text erörterten Erscheinung bemerkt, man scheine den Satz „exheredatus pro mortuo habetur" zur Anwendung gebracht zu haben, so wird durch diese aus den Quellen nicht zu begründende Annahme Nichts gefördert. Denn damit hätten die Römer nur eine Fiction aufgestellt, die den Rechtssatz selbst in keiner Weise begreiflicher machte.

daß dort die Succession sich naturgemäß in weitestem Umfange geltend macht: die Uebertragung auf die Querel konnte auf besondere Schwierigkeiten nicht stoßen, da dieses Rechtsmittel sich — vor Allem in der ausgedehnten Betonung der Cognation, in dem dem Richter offen gelassenen freien Ermessen — als eine sehr biegsame Rechtsbildung erweist. Bei jenem prätorischen Institut aber war von vorn herein daran nicht zu denken, daß dem entfernteren Pflichttheilsberechtigten das ihm einmal zugefallene Vermögen durch einen voraufgehenden, aus irgend welchem Grunde gültig ausgeschlossenen Berechtigten wieder abgenommen werden konnte. Der Entferntere erhielt ja die bonor. possessio nur dann, wenn der Voraufgehende nicht zu dieser gelangte.

Wir haben im Eingang dieser auf die Succession bezüglichen Erörterung ausgeführt, daß dieselbe allgemein eintritt, mag der Wegfall des zunächst berechtigten Notherben nach dessen Willen oder im Widerspruch mit demselben erfolgen; nunmehr ist die Ausdehnung des Instituts nach einer andern Seite hin in's Auge zu fassen. Man hat darüber gestritten, ob auf dem Gebiet der Querel nur eine successio ordinum oder auch eine *successio graduum* stattfinde[28]). Ueber den Grundsatz, durch den man sich bei dieser Frage leiten zu lassen hat, kann man nicht zweifeln. Die Aufeinanderfolge der Berechtigten bei der Querel ruht auf der Grundlage der entsprechenden Succession bei der gesetzlichen Erbfolge. Da nun jedenfalls bis auf Justinian eine successio graduum selbst in der prätorischen Erbfolgeordnung nur in beschränktem Maße anerkannt war, so mußte sich während des gleichen Zeitraums die Succession bei der Querel ebenfalls in engen Grenzen bewegen[29]). So erklärt sich die l. 34 C. h. t.: Justinian bemerkt, nach bisherigem Recht sei ein Enkel, dessen zur Querel gegen das (groß)väterliche Testament berechtigter Vater während des Deliberirens des eingesetzten Erben gestorben sei, ohne die Klage vorbereitet zu haben, schutzlos geblieben; im Gegensatz dazu wird dann zu Gunsten der Descendenten eines solchen im Notherbenrecht gekränkten Kindes unbedingte Transmission des Querelrechts zugelassen. Dieses Gesetz ist vom Standpunkt eines Rechts geschrieben, welches die Succession der Grade in der Classe Unde liberi

---

[28]) Vergl. über diese Frage Glück VII S. 380 ff. Francke S. 281—285.
[29]) Vergl. Francke S. 281 f. Mühlenbruch S. 475 ff. Bangerow a. a. O.

nicht kannte[30]). Weiter wird anerkannt werden müſſen, daß bei der Erbfolge der Deſcendenten bis zur Nov. 118 die successio graduum nicht zur Geltung gekommen war. Für das Gegentheil darf man ſich nicht auf die l. 3 C. Unde lib. 6. 14 (aus l. 5 C. Th. de bon. mat. 8. 18) berufen: die Stelle redet aller Wahrſcheinlichkeit nach von der Nachfolge des Enkels in der Claſſe Unde cognati[31]). — Ohne Zweifel aber beſteht allgemein Succeſſion der Grade nach Nov. 118; darum würden wir ſagen müſſen, daß nun auch bei der materiellen Notherbfolge in gleicher Ausdehnung Succeſſion der Grade ſtattfinde.

Allein mit dem Bisherigen iſt die angeregte Frage nicht erledigt, dieſelbe kann auch an gegenwärtiger Stelle nicht zum Abſchluß gebracht, ihre ſpätere Beantwortung kann hier nur vorbereitet werden. Denn vor der Nov. 118 liegt die tief in das Notherbenrecht einſchneidende Nov. 115, die Fragen aber, ob nach letzterem Geſetz eine Querel von Deſcendenten und Aſcendenten und inwiefern unter ſolchen Notherben eine Succeſſion ſtattfindet, müſſen bis zur Erörterung des Rechts der Nov. 115 ausgeſetzt werden[32]).

Es iſt jetzt ein Blick auf die Pflichttheilsberechtigung des Patron's zu werfen. Die Römer beuten hier ohne Anſtand das Recht der *bonor. possessio* (contra tabulas) aus, ſie wenden daher das successorium edictum an[33]). Damit iſt deutlich ausgeſprochen, daß der

[30]) Erörtert bei Vangerow II § 407 Anm. Vergl. auch Joh. Merkel, von der successio graduum unter Inteſtaterben (1876) S. 44—46.

[31]) Zu der Stelle die ausführlichen dogmengeſchichtlichen Nachrichten bei Merkel S. 24—44. Vergl. namentlich das dort (S. 35. 39. 42) wegen der Anſichten von *Jac. Gothofredus* und von Büchel Bemerkte.

[32]) Nur auf eine Aeußerung aus der einheimiſchen Praxis ſoll vorläufig hingewieſen werden. Das O.-A.-G. zu Wiesbaden (Seuffert, Arch. 18. 153) läßt in einem Erkenntniß vom 15. Juni 1849 die Succeſſion nach Gradesnähe für die Pflichttheilsberechtigung in dem nämlichen Umfange zu, in welchem ſie bei der geſetzlichen Erbfolge gilt, — damit auch für die Claſſe der Deſcendenten. Dem Satze wird gleiche Geltung beigelegt, man möge als Rechtsmittel der Deſcendenten die Querel oder die ſ. g. Nullitätsquerel des neueren Rechts behandeln.

[33]) Pompon. l. 2 pr. D. de bon. libert. 38. 2. Si patronus a liberto praeteritus bonorum possessionem petere potuerit contra tabulas et antequam peteret decesserit vel dies ei bonorum possessionis agnoscendae praeterierit, liberi ejus vel alterius patroni petere poterunt ex illa parte edicti, qua, primis non petentibus aut etiam nolentibus ad se pertinere, sequentibus datur, atque si priores ex eo numero non essent. Auf den engen Zuſammenhang der hier gebrauchten Ausdrücke mit dem successorium edictum (l. 1 § 10 D. de

Succeſſion bei der Pflichttheilsberechtigung der gleiche Vorgang bei der geſetzlichen Erbfolge zum Vorbild dient. Allein das Gebiet der Succeſſion reicht hier noch über den Kreis der zu dieſer eigenthümlichen bon. poss. contra tabulas gerufenen Perſonen hinaus. Es iſt ein bekannter Satz des patronatiſchen Pflichttheilsrechts, daß die Kinder des Freigelaſſenen den Patron ausſchließen, wenn ſie in irgendwelcher Weiſe Erben des Vaters werden[34]). Dies gilt nicht allein, wenn ſie, weil nach Grundſätzen des formellen Notherbenrechts verletzt, die (gemeine) bon. poss. contra tabulas erbeten haben, ſondern auch dann, wenn ſie formell gehörig enterbt, daher auf die Querel beſchränkt ſind[35]). Wird aber Letztere wegen gerechtfertigter Ausſchließung zurückgewieſen, ſo kommt es zur bonor. possessio des Patrons[36]). Unverkennbar iſt auch dieſer Uebergang vom gemeinen Pflichttheilsrecht der Kinder zu der patronatiſchen Berechtigung dem Begriffe der Succeſſion unterzuordnen. Fand hiernach Letztere in ausgedehnteſtem Maße zu Gunſten der am Erbrecht des Patrons Theil habenden Perſonen ſtatt, griff ſie hier ſelbſt in das Gebiet der querella inofficiosi über, ſo kann es nicht verwundern, daß man dem gleichen Inſtitut beim Pflichttheilsrecht der Verwandten in vollſtem Maße Geltung zugeſtanden hat.

Nunmehr dürfen wir aber auch der Erſcheinung hier wie dort einen tieferen Grund zuſchreiben. Die Wahrnehmung der gleichen Rechtsbildung auf dem Gebiet der Querel wie der bon. poss. contra tabulas des Patrons berechtigt uns, einen Schritt weiter zu thun, und dieſer Schritt ſcheint mir um ſo bedeutungsvoller, als von ihm

---

success. ed. 38. 9) macht mit Recht aufmerkſam Ad. Schmidt, Pflichtth.-R. S. 38 f. Anm. 13. Vergl. auch l. 3 § 9 D. eod., eine Stelle, deren Text nach der Ausg. von Mommſen zu berichtigen iſt (— cui adsignatus *non est, potest* succedere cet.).

[34]) Gaj. III. 41. § 1 J. de success. libert. 3. 7.

[35]) Gaj. und § 1 J. citt. l. 42 § 2 D. de bon. libert. 38. 2.

[36]) § 3 J. de succ. libert. 3. 7: — si vero testamentum quidem fecerint, patronos autem vel patronas praeterierint, cum nullos liberos haberent vel habentes eos exheredaverint, — *ita ut non possint argui inofficiosa eorum testamenta:* tunc ex nostra constitutione per bonorum possessionem contra tabulas — tertiam partem bonorum liberti consequantur —. l. 4 § 13. 14 C. de bon. libert. 6. 4. Daß das hier für das Recht Juſtinian's ausgeſprochene Verhältniß auch nach claſſiſchem Recht beſtand, iſt nicht zu bezweifeln. Vergl. auch l. 20 § 4 D. de bon. libert. 38. 2. l. 21 § 3 D. de jure patron. 37. 14. — Ueber das Ganze Schmidt S. 67 f.

ſpäter bei der Darſtellung des neueſten Rechts der Notherben Gebrauch zu machen iſt. Es wäre völlig unrichtig, wenn man den auf dem Gebiet der beiden Pflichttheilsrechte zum Ausdruck gelangten Gedanken einer Succeſſion der hinter einander ſtehenden Berechtigten als eine ſinguläre Erſcheinung des materiellen Notherbenrechts behandeln wollte. Derſelbe iſt lediglich Folge aus dem Begriff der Erbfolge gegen das Teſtament: iſt dieſe in Wirklichkeit nur eine qualificirte geſetzliche Erbfolge, ſo mußte es ſich von ſelbſt ergeben, daß man die bei Letzterer geltende Succeſſion auch auf dem Gebiet des Notherbenrechts zur Geltung brachte. Daß von ihr beim formellen Notherbenrecht keine Spur begegnet, beruht lediglich auf der Art, wie hier die berechtigten Perſonen beſtimmt werden. Das formelle Notherbenrecht legt mit allem Nachdruck den Ton auf den Zeitpunkt des Todes des Erblaſſers. Das formelle Notherbenrecht der sui kennt als Berechtigte nur Perſonen, die im genannten Zeitpunkt in der unmittelbaren väterlichen Gewalt des Erblaſſers ſtanden oder doch geſtanden hätten, wenn ſie nicht blos — was jedenfalls nöthig — concipirt, ſondern bereits am Leben geweſen wären[37]). Hier iſt alſo jede Möglichkeit einer Aufeinanderfolge von Berechtigten, die ſich durch den nach jener Todeszeit erfolgenden Wegfall eines an erſter Stelle Berufenen vollzöge, ausgeſchloſſen. Dieſer Satz behauptet aber auch ſeine Wahrheit für das formelle Notherbenrecht des prätoriſchen Rechts. Denn auch zu den für dieſes in Frage kommenden liberi gehören neben den sui nur Perſonen, welche bei des Erblaſſers Tode in deſſen unmittelbarer Gewalt geſtanden hätten, wenn nicht ein beſonderer Umſtand (der etwas Anderes iſt, als das Stehen in fremder Familie) die agnatiſche Verbindung ausgeſchloſſen hätte.

---

[37]) Wenn das römiſche Recht in einzelnen Fällen die Quaſiagnation eines suus auf Grund einer erſt nach dem Tode des Erblaſſers eintretenden Thatſache anerkennt (Rückkehr aus der Kriegsgefangenſchaft — causae probatio — Rückfall des Sohns aus der erſten oder zweiten Mancipation), ſo ſteht doch hier niemals beim Tode des Erblaſſers ein anderer *suus* in der Mitte, ſo daß ſich eine Succeſſion als möglich erwieſe. Vergl. die Ausführungen im § 3 unter 2. 3 und 5.

G. Gründe des Wegfalls der Querel.

§ 54.

1. Verzicht des Berechtigten*).

Auch wo eine gerechtfertigte Ausschließung durch den Willen des Erblassers nicht vorliegt, kann ein Pflichttheilsberechtigter aus besonderen Gründen der Querel verlustig gehen. Der Verlust kann sich je nach der Beschaffenheit des einzelnen Grundes bald vor oder nach der mit dem Erbschaftserwerb des Testamentserben vollendeten Entstehung der Querel, bald nur nach dieser Entstehung vollziehen. Die von uns nach einander zu erörternden Aufhebungsgründe sind der Verzicht, die Verjährung, der Tod des Notherben[1]).

Einen Verzicht kennt das heutige Recht in der doppelten Gestalt einer nach dem Tode des Erblassers abgegebenen und einer schon gegenüber dem Letzteren, also bei dessen Lebzeiten, vollzogenen Willenserklärung. Ich spreche vorerst von dem Ersteren, der im Grunde allein noch eine Betrachtung erheischt.

A. Der Möglichkeit eines Verzichts auf die Querel entspricht als verwandter Vorgang bei der bon. poss. contra tabulas des Patrons und Parens Manumissor sowie bei der contra tabulas der Descendenten die auch durch Handlungen, namentlich durch Annahme letztwilliger Zuwendungen kundgegebene Ausschlagung der bonor. possessio. Mit diesen verwandten Vorgängen vergleichen wir später die überlieferten Grundsätze über den Verzicht beim Pflichttheilsrecht der Descendenten: sie zeigen, daß diesem Begriffe hier eine ausnahmsweise weite Ausdehnung zu Theil geworden ist.

Der Verzicht kann ein vertragsmäßiger sein; möglich ist es dabei, daß der Notherbe sein Anfechtungsrecht ohne Entgelt durch eine vom Testamentserben angenommene Willenserklärung aufgibt[2]), eben so wohl kann sich aber der Verzicht als Leistung des Notherben

*) Francke S. 319—328. Mühlenbruch 35 S. 437—459.

[1]) Der Fall des Verlusts der Erbfähigkeit (§ 53 unter I A) kann hier um seiner geringen Erheblichkeit willen übergangen werden.

[2]) In solcher Gestalt kann man sich die in l. 31 § 3 D. h. t. besprochene Anerkennung des letzten Willens denken: — quid ergo si alias voluntatem testatoris probaverim? puta in testamento adscripserim post mortem patris consentire me? repellendus sum ab accusatione. Vergl. dann noch die allgemeinen Erwähnungen des Verzichts in l. 17 pr. D. h. t. l. 1 C. de in int. rest. min. 2. 22. l. 34 in f. C. h. t. 3. 28. Dazu l. 7 C. Th. h. t. 2. 19.

in einem entgeltlichen Vertrage darſtellen: als Beiſpiel bieten die Quellen den Vergleich[3]).

Weit häufiger erwähnt findet ſich der Verzicht, wie er als einſeitige Willenserklärung auftritt, — hier geäußert durch jede irgendwie an den Tag gelegte Anerkennung des Teſtaments. Der ſeine Wirkſamkeit bedingende Willensinhalt kann deutlich darin beſtehen, daß mit der Querel auch der durch dieſe zu verfolgende geſetzliche Erbanſpruch aufgegeben werden ſoll: vermöge der eigenthümlichen Natur der Querel genügt es aber auch, wenn lediglich der Wille zu erkennen gegeben wird, die in der Ausſchließung von der Erbfolge liegende Kränkung nicht verfolgen zu wollen[4]). Eben dieſer Umſtand macht es begreiflich, daß die Anerkennung des letzten Willens in den Quellen in weiteſter Ausdehnung als Grund der Ausſchließung der Querel vorkommt.

Als Anerkennung wird vor Allem die Annahme von Zuwendungen behandelt, welche dem Notherben im Teſtament gemacht ſind. So von Vermächtniſſen[5]), gleichviel ob dieſe dem Notherben ſelbſt oder einem ſeiner hausherrlichen Gewalt Unterworfenen, demnach für ihn Erwerbenden[6]) zugedacht ſind. Auch dann wird Anerkennung erklärt, wenn der Notherbe den Vortheil einfordert (freilich nicht im Wege Rechtsſtreits), der ihm durch Setzen einer Bedingung für die einem Dritten im Teſtament gemachte Zuwendung in Ausſicht geſtellt iſt[7]).

---

[3]) l. 35 § 1 C. h. t. l. 6 C. de transact. 2. 4.

[4]) Alex. l. 1 C. de in int. rest. min. 2. 22. Illud inspiciendum est, num inofficiosi querellae vel palam vel *tacita dissimulatione* sit renuntiatum —. Vergl. § 46 bei Anm. 10.

[5]) l. 10 § 1. l. 12 pr. verglichen mit §§ 2. 3 D. h. t. l. 5 pr. D. de his quae ut indign. 34. 9.

[6]) l. 12 pr. cit. Wie die Stelle zeigt, ſteht dem Vermächtniß die Einſetzung auf einen unzulänglichen Erbtheil gleich. (Auf die durch die Ergänzungsklage begründete Aenderung dieſer Grundſätze komme ich unten im Text). Wird das Gewaltverhältniß in der Abſicht gelöſt, die letztwillige Zuwendung und zugleich die Vortheile der Erbfolge gegen den letzten Willen zu gewinnen, ſo tritt nach l. 12 cit. dennoch Verluſt der Querel ein. Alles das gilt auch beim patronatiſchen Pflichttheilsrecht: l. 6 § 2 l. 50 § 1—3 D. de bon. libert. 38. 2. Schmidt S. 56 Anm. 66.

[7]) l. 12 § 1 D. h. t. Si a statulibero exheredatus pecuniam petere coeperit, videri adgnovisse parentis judicium. Vergl. wegen des Patrons l. 8 § 4 D. de bon. libert. 38. 2: — si condicionis implendae causa quid fuerit *datum* patrono post mortem liberti —.

Nicht unbedingt das Gleiche soll nach Ulp. l. 8 § 10 D. h. t. gelten, wenn der Vortheil auf Anbieten des bedingt Bedachten angenommen wird[8]). Der Jurist unterscheidet die Leistung des Testamentserben und die eines Vermächtnißnehmers. Erstere schließt die Querel unbedingt aus: der Notherbe hat dem eingesetzten Erben durch die Annahme von dessen Leistung den Erbschaftserwerb erst möglich gemacht. In Anwendung auf den Vermächtnißnehmer stellt Ulpian die folgende Unterscheidung auf:

— ego eventum puto sequendum in hac re, ut, si forte antequam judicium moveatur oblatio ei fiat ejus quod relictum est, quasi ex voluntate testatoris oblato eo satis ei factum videatur[9]).

Danach soll die Annahme der Leistung vor eingeleitetem Querelstreit unbedingt als Anerkennung des Testaments gelten[10]); über die Leistung nach dem Proceßbeginn spricht sich der Jurist nicht aus: wir dürfen sagen, daß hier die der Annahme zu Grunde liegende Willensrichtung nach Maßgabe des concreten Thatbestands zu ermitteln ist[11]). Worauf gründet sich der Unterschied? Glück[12]) will die nach dem Streitbeginn erfolgte Leistung wie eine Abschlagszahlung angesehen wissen; gewiß ohne Grund, da die Leistung weder vom Beklagten noch Namens desselben bewirkt wird. Mühlenbruch meint[13]), nachdem einmal die Klage mittelst der Litiscontestation durch Novation gegen den Testamentserben befestigt sei, habe man der Handlung des Vermächtnißnehmers als eines Dritten keinen Einfluß

---

[8]) Zu verweisen ist auf die Besprechung der l. 8 § 10 cit. im § 40 unter 2 S. 335 ff. — Dort ist das im Text über die Leistung des eingesetzten Erben Bemerkte näher begründet. Ausführlich handelt von l. 8 § 10 cit. Mühlenbruch 35 S. 444—454.

[9]) Was Francke S. 326 f. vom kritischen Standpunkt aus wie sachlich gegen diesen Theil von Ulpian's Ausspruch ausführt, ist meines Erachtens ohne Gewicht und bereits von Mühlenbruch (S. 450— 454) vollständig widerlegt worden.

[10]) Daß Ulpian auch bei den Schlußworten das subjective Moment der Anerkennung und nicht das lediglich objective einer auf den Pflichttheil gemachten Zuwendung im Sinne hat, ergibt sich aus der im Text gegebenen Erklärung des Falls der Annahme nach begonnenem Proceß.

[11]) In Bas. 39. 1. 8 schol. 23 in f. wird angenommen, der Notherbe büße auch hier wenigstens dem Erfolge nach — durch Absolution des mit der Querel belangten Testamentserben — seinen Anspruch ohne Weiteres ein. Das ist nach der Fassung der mitgetheilten Aeußerung unmöglich.

[12]) Band VII S. 480.

[13]) A. a. O. S. 446 f.

auf die Entſcheidung der Hauptſache zu geſtatten; nur der Vermächtnißnehmer erlange damit auch gegen den Notherben Rechte. Allein es iſt nicht zu erkennen, wie die ſ. g. novatio necessaria für unſre Frage nach der Annahme eines Verzichts Bedeutung haben ſollte; wenn derſelbe Ulpian in l. 8 § 1 D. eod. Verluſt der Querel eintreten läßt, ſobald der Notherbe die Klage, nachdem er ſie eingeleitet hat, nicht verfolgt[14]), ſo ergibt ſich, daß während des Proceſſes dieſelbe ausgedehnte Möglichkeit eines Verzichtes beſteht, wie vor demſelben.

Wie mir ſcheint, hat man es nicht als etwas Zufälliges zu behandeln, daß in der uns beſchäftigenden letzten Hälfte der l. 8 § 10 cit. nur vom Vermächtnißnehmer, nicht von dem zwar neben dieſem im erſten Theil der Stelle erwähnten, aber in der Folge unberückſichtigt gelaſſenen Statuliber die Rede iſt. Der Vermächtnißnehmer kann vom Teſtamentserben, wenngleich dieſer einen Proceß über die Erbſchaft zu führen hat, Erfüllung fordern; aber er muß unter ſolcher Vorausſetzung auf den Fall des Unterliegens jenes Erben wegen der Zurückgabe Sicherheit beſtellen[15]). Weiß nun der klagende Notherbe um dieſe Verhandlungen und nimmt er im Hinblick auf ſie die zur Erfüllung des Vermächtniſſes angebotene Leiſtung an, ſo iſt ihm nur die Abſicht zuzuſchreiben, der vom Recht ſelbſt gutgeheißenen einſtweiligen Erfüllung des Anſpruchs kein Hinderniß in den Weg zu legen; eben darum vergibt er ſeiner Querel nichts. — Dem im Teſtament mit der Freiheit Bedachten ſtand jenes Recht des Vermächtnißnehmers nicht zu[16]); darum wird man im Sinne der l. 8 § 10 cit. behaupten müſſen, daß der Notherbe ſtets ſeines Anfechtungsrechts verluſtig ging, wenn er ſich zur Erfüllung der Bedingung einer ſolchen Freilaſſung etwas gewähren ließ.

Setzte freilich der Notherbe nur irrig ſeine Bedenkung im Teſtament voraus, ſo beeinträchtigte die auf die Annahme der Zuwendung gerichtete Willenserklärung ſeine Pflichttheilsberechtigung nicht[17]).

---

[14]) Si quis post rem inofficiosi ordinatam litem dereliquerit, postea non audietur. Vergl. *Cujac.* rec. sol. in Dig. V. 2 ad h. l. (VII. 176).

[15]) l. 17 D. de H. P. 5. 3. l. 4 pr. § 2 D. si cui plus 35. 3. l. 12 pr. C. de petit. her. 3. 31.

[16]) Juſtinian's Neuerung in l. 12 § 2 C. de pet. her. 3. 31 intereſſirt hier nicht.

[17]) l. 12 § 2 D. h. t. Aehnliche Grundſätze werden beim patronatiſchen

Abgeſehen von den bisher erörterten, dem Notherben unmittelbar zufließenden Zuwendungen fällt in das Gebiet der Anerkennung die Einforderung eines Vermächtniſſes, welches der Erblaſſer einem demnächſt vom Notherben beerbten Dritten ausgeſetzt hat[18]). Dagegen bleibt das Querelrecht unberührt, wenn der Notherbe einen der mehreren im anzufechtenden Teſtament gerufenen Erben beerbt[19]).

Endlich wird von ſtillſchweigender Anerkennung des Teſtaments ſelbſt in Fällen geſprochen, in welchen der Notherbe Vortheile aus demſelben überall nicht an ſich bringt, nur ſich dem letzten Willen gegenüber in einer Weiſe verhält, mit der die Abſicht, denſelben wegen Kränkung im Pflichttheil anzugreifen, unverträglich erſcheint. Beiſpiele bieten: Rechtsgeſchäfte mit dem Teſtamentserben über Vermögensſtücke der Erbſchaft[20]), Zahlung des dem Erblaſſer Geſchuldeten an jenen Erben[20]). Paulus erklärt es auch für eine Anerkennung, wenn der Enterbte einem Vermächtnißnehmer zur Einforderung des im pflichtwidrigen Teſtament hinterlaſſenen Vermächtniſſes als Beiſtand oder Stellvertreter behülflich iſt[21]): nur der Vormund ſchadet durch ein ſolches Verhalten in Angelegenheiten des Mündels dem eignen Querelrecht nicht[22]).

Es ſind grade die ſoeben in Anknüpfung an die l. 32 pr. § 1.

Pflichttheilsrecht gelehrt: l. 8 pr. § 1. l. 46 D. de bon. libert. 38. 2. l. 19 D. h. t. verb. quod evenit in patrono cet. Vergl. Schmidt S. 56 f. bei Anm. 67.

[18]) l. 32 § 1 D. h. t. Vergl. l. 31 § 3 D. eod. Francke S. 321 f. hat mit Recht bemerkt, daß der Text der l. 32 § 1 cit. bei den Worten „certum est enim“ fehlerhaft iſt: will man nicht hinter denſelben ein „eum agnovisse“ einſchieben, ſo bietet ſich die Umwandlung des „certum est“ in „secutus est“. Vergl. die kritiſche Bemerkung zu der Stelle in der Ausgabe von Mommſen.

[19]) l. 31 § 2 D. eod. Paulus erwähnt als Fälle, in denen der Satz des Textes beſonders einleuchtend erſcheint, die: 1) wo an den Erbeserben die ſeinem nächſten Erblaſſer zugefallene Portion nicht gekommen iſt, weil dieſer ſie unentgeltlich veräußert oder kraft Fideicommiſſes herausgegeben hat; 2) wo der Notherbe dieſe Portion ſeinem Erblaſſer ſchon früher mit der Querel abgenommen hat (— „si eam portionem — jure suo possideam“ —). Verſchiedene Auslegungen der Stelle bei *Pothier*, pand. Just. V. 2 n. 46 in not. Francke S. 322—324. Mühlenbruch 35 S. 456—459.

[20]) l. 23 § 1 D. eod. (Kauf der Erbſchaft oder einzelner Stücke derſelben, Pacht erbſchaftlicher Grundſtücke, — Beides durch Vertrag mit dem Teſtamentserben).

[21]) l. 32 pr. D. eod.

[22]) § 4 J. h. t. 2. 18. Vergl. dazu den umgekehrten, mit dem Recht der Erbunwürdigkeit zuſammenhängenden Fall in l. 30 § 1 D. h. t. (§ 56 bei Anm. 11).

l. 31 § 2 und l. 23 § 1 D. h. t. erörterten Fälle (Anm. 18—21), welche zeigen, daß unſrer Lehre eine völlig ſinguläre Ausdehnung des Begriffs der Anerkennung eigen iſt, — eine Erſcheinung, die darauf zurückgeführt werden muß, daß die Römer es mit der Aufnahme der Thatſache einer dem Pflichttheilsberechtigten zugefügten Kränkung in den Rechtsgrund der Klage ernſt gemeint haben[23]). Jene Eigenthümlichkeit des Rechts der Querel wird beſtätigt durch einen Blick auf die oben berührten verwandten Rechtsinſtitute. Auch in Anwendung auf den Patron wird vielfach von einer Anerkennung des letzten Willens geſprochen, welche die bon. poss. contra tabulas ausſchließt; allein dabei ſteht faſt durchweg die Annahme einer letztwilligen Zuwendung in Frage (Erbtheil, Vermächtniß, Schenkung auf den Todesfall, mit der ſich der Patron nach des Freigelaſſenen Tode zufrieden erklärt, Zuwendung durch Setzen einer Bedingung)[24]). Nur Ein Fall der Anerkennung geht über jenes Gebiet hinaus: der Patron, dem der volle Pflichttheil zugewendet iſt, erfüllt, nachdem er gezwungen angetreten hat, das ihm auferlegte, ſelbſt nach dem Zwange nicht bindende Erbſchaftsvermächtniß. Hier iſt in der That der durch die Herausgabe der Erbſchaft zu erkennen gegebene Wille, die Erbſchaft auszuſchlagen, handgreiflich, und darum wird mit Recht die bon. poss. contra tabulas verſagt[25]).

Auch bei der bon. poss. contra tabulas der Deſcendenten bringen uns die Quellen den Satz entgegen, daß der Notherbe die prätoriſche Hülfe durch Annahme des ihm im Teſtament zugedachten Erbtheils wie Vermächtniſſes einbüßt[26]).

Hiernach zeigt ſich nirgends in den verwandten Rechtsbildungen eine Spur von jener idealen Ausweitung des Begriffs der Anerkennung, wie ſie für die Querel geltendes Recht iſt. — Rückſichtlich der Art, wie die Thatſache der vom Notherben an den Tag gelegten

---

[23]) Vergl. Demelius, Unterſ. S. 35. Windſcheid III § 585 Anm. 3.

[24]) l. 6 § 4. l. 50 § 6. l. 8 § 3. 4 D. de bon. libert. 38. 2. Das prätoriſche Edict ſelbſt hatte hier den Einfluß der Anerkennung, und zwar offenbar der durch Annahme einer Zuwendung kundgegebenen, berückſichtigt: l. 50 § 1. 2 D. eod. Vergl. Schmidt S. 55 f. unter a.

[25]) Tryphon. l. 50 § 4 D. de bon. libert. 38. 2: — non poterit accipere contra tabulas bonorum possessionem, et quia adgnovit judicium liberti et quia sprevit et quasi damnavit eam possessionem. Vergl. dazu l. 27 § 13 D. ad SC. Trebell. 36. 1.

[26]) l. 14 pr. D. de B. P. co. tab. 37. 4. l. 5 D. de legat. praest. 37. 5.

Anerkennung des Teſtaments *proceſſualiſch* geltend zu machen iſt, äußert ſich ſachgemäß eine Entſcheidung aus der einheimiſchen Praxis, — ein Erkenntniß des O.-A.-G. zu *Celle* vom 31. Oktober 1862[27]). Inhalt des ſtreitigen Anſpruchs war zwar in dem vom Gericht beurtheilten Falle nicht die Beſeitigung des Teſtaments im Wege der Querel, ſondern die Anfechtung der Erbeseinſetzung auf Grund der Nov. 115; allein der Einwand des Verklagten, daß die klagenden Notherben das Teſtament anerkannt hätten, gab Anlaß zu einem Eingehen auf die Querel. Der erkennende Richter hebt mit Recht hervor, daß jene allgemeine Behauptung der Anerkennung auch vom Standpunkt der l. 32 pr. D. de inoff. 5. 2[28]) ungenügend ſei: es müſſe *die Handlung* bezeichnet werden, aus welcher eine Billigung des Teſtaments hervorgehen ſolle.

Bei der obigen Darſtellung der Lehre iſt von dem Einfluß abgeſehen, welchen Juſtinian's Vorſchriften über die Ergänzungsklage auf die Behandlung des Verzichts durch Annahme einer letztwilligen Zuwendung geübt haben. Nachdem die l. 30 C. h. t. angeordnet hatte, daß jede Bedenkung durch Erbtheil wie Vermächtniß, auch wenn ſie dem Pflichttheil nicht gleichkomme, die Querel ausſchließen und nur einen Anſpruch auf Ergänzung des Pflichttheils übrig laſſen ſolle, beſtimmt l. 35 § 1 C. eod., daß der Notherbe durch Annahme des ihm auf ſolche Weiſe durch letzten Willen oder auch durch Schenkung auf den Todesfall ſowie durch einzurechnende Schenkung unter Lebenden Zugedachten in ſeinem Recht auf Ergänzung nicht verkürzt werden ſolle. Nur die ausdrückliche Erklärung des Notherben gegen die Teſtamentserben, daß er ſich für völlig abgefunden erachten wolle, ſoll jenen Anſpruch abſchneiden. Danach kann die Annahme des im Teſtament Ausgeſetzten, ſoweit dieſes als Zuwendung auf den Pflichttheil zu gelten hat, nicht mehr als Verzicht auf den Pflichttheil angeſehen werden. Die Querel freilich wird durch die Zuwendung ausgeſchloſſen, es iſt nur die Ergänzungsklage möglich. Dieſe Sätze ſind ohne Frage begründet bezüglich der Bedenkung durch Erbtheil oder Vermächtniß; dagegen iſt es rückſichtlich des *condicionis implendae gratia* Empfangenen beim früheren Rechtszuſtande geblieben, wenn anders unſre Ausführung im § 40 unter 2 (S. 329 ff.) im Recht iſt,

[27]) Seuffert, Arch. 15. 274.

[28]) l. 32 pr.: — adgnovisse enim videtur, qui qualequale judicium defuncti comprobavit. (Paul.).

daß auf ſolchem Wege eine Zuwendung auf den Pflichttheil nicht mehr gemacht werden kann.

B. Von dem unter Lebenden dem Erblaſſer gegenüber erklärten Verzicht auf die Pflichttheilsberechtigung iſt ſchon im § 37 unter I a. E. (S. 283 f.) die Rede geweſen. Es iſt dort ausgeführt, daß in demſelben ein Erbverzicht von beſchränkter Bedeutung enthalten iſt: danach muß der Verzicht entſprechend dem Weſen jener ſeiner Gattung es entſchieden hindern, daß es zu einer Delation der durch die Querel zu begründenden geſetzlichen Erbfolge kommen könnte; ebenſo ſteht derſelbe ſeiner Tendenz nach der Durchführung der Querel Seitens des Verzichtenden im Wege. — Verwerflich war es, wenn einige ältere Schriftſteller dem Satz des römiſchen Rechts, daß ein Verzicht auf die Pflichttheilsberechtigung unwirkſam ſei, noch für unſre Zeit Geltung zuſchreiben wollten[29]: heutzutage dürfte die Anſicht nicht mehr vertreten ſein. Offenbar beruhte doch jener Satz auf derſelben ſittlichen Anſchauung der Römer, aus welcher die allgemeine Unſtatthaftigkeit der Erbverzichte entſprang: der mögliche künftige Erbe ſollte ſich nicht durch Uebereinkunft mit dem noch lebenden Erblaſſer in ſeiner Entſchließung wegen deſſen Beerbung binden. Hat nun dieſes Bedenken im Uebrigen beim Erbverzicht für uns keine Bedeutung, ſo kann auch die vorliegende einzelne Art des Verzichts keine abweichende Behandlung erfahren.

§ 55.

2. Verjährung*).

Sowohl die Pandektenjuriſten wie Conſtitutionen Juſtinian's gedenken bei der Querel durchweg einer Verjährungsfriſt von fünf Jahren[1]). Wenn neuere Schriftſteller annehmen, die Friſt ſei urſprünglich eine zweijährige geweſen, ſo iſt ſchon früher bemerkt (S. 384), daß dafür die zum Beweiſe angerufene Aeußerung bei Plin. V. 1 nur einen ſchwachen Anhalt bietet. Grade dieſe Aeußerung aber bildet eine erhebliche Stütze der von Demelius[2]) aufgeſtellten Anſicht

[29]) So z. B. Glück VII S. 474 ff. (Wegen der Vorſchrift des römiſchen Rechts vergl. l. 35 § 1 C. h. t. Paul. IV. 5. 8).

*) Francke S. 312—315. Mühlenbruch 35 S. 459—463. Demelius, Unterſ. aus d. röm. Civ.-R. S. 30—38.

[1]) Vergl. überhaupt l. 8 § 17. l. 9. l. 23 § 2 D. h. t. l. 16. l. 34 in f. l. 36 § 2 C. eod. l. 2 C. in quib. c. in int. 2. 41. l. 5 C. Th. h. t. 2. 19.

[2]) A. a. O. S. 33 ff.

über den Urſprung unſrer Verjährungsfriſt. Demelius geht von dem Satze aus, daß das liebloſe Nichtberückſichtigen des Notherben als eine dieſem zugefügte Unbill erſcheint, wegen deren mittelſt der Querel Genugthuung geſucht wird. Eben auf dieſe Natur der Klage als einer auf Ahndung gerichteten Rechtsverfolgung wird die Verjährungsfriſt zurückgeführt: die Erhebung der Klage, bemerkt man, müſſe als unmittelbare Aeußerung gekränkten Sinnes erſcheinen, als Bethätigung eines auf Genugthuung gerichteten Willens; deshalb habe man längeres Zögern der Klaganſtellung ausgeſchloſſen. Die Auffaſſung ſucht auf der einen Seite eine Stütze an den prätoriſchen Pönalklagen, in denen die gleiche Anſchauung zu Tage träte, auf der andern Seite an der zweijährigen Friſt, die ſich in der oben genannten Stelle bei Plinius erwähnt findet. Es wird erinnert, daß ein gleiches biennium bei mehreren Verhältniſſen des alten Civilrechts vorkommt: ihm ſei wahrſcheinlich das prätoriſche, utiliter zu berechnende Jahr nachgebildet.

Unſtreitig ſind die angedeuteten Combinationen ſcharfſinnig: allein wenn man die Unzuverläſſigkeit von Plin. V. 1 in Anſchlag bringt, ſo bleibt lediglich eine Hypotheſe übrig. Denn nun fehlt einerſeits die Berührung mit der Friſt der prätoriſchen Strafklagen, und anderſeits leuchtet doch ein, daß ein fünfjähriger Zeitraum als Friſt für die Bethätigung gekränkten Sinnes überreichlich bemeſſen ſein würde. Wir glauben uns daher mit Francke (S. 312) dabei beruhigen zu ſollen, daß die zeitliche Beſchränkung der Querel ſich aus dem Zwecke der Klage erklärt, mittelſt außerordentlicher Rechtshülfe ein gültiges Teſtament umzuſtoßen. Und verlangt man eine Ergänzung dieſer Erklärung, ſo empfiehlt ſich am meiſten der Gedanke, welcher die fünf Jahre bei der Querel wie bei den beſtimmt gleichfalls dem Centumviralgericht zugewieſen geweſenen Statusſachen auf den urſprünglichen Zuſammenhang der hasta mit dem Cenſus zurückführt[3]). — Daß die Meinung Aelterer, die fünf Jahre lehnen ſich an die Vorſchrift an, ne de statu defunctorum post quinquennium quaeratur[4]), jeden Nachweis einer innerlichen Verknüpfung der hier zuſammengeſtellten Inſtitute ſchuldig geblieben iſt, hat man mehrfach bemerkt[5]).

[3]) Vergl. Kuntze, Inſtit. II (Excurſe) S. 97.
[4]) Dig. XL. 5. Cod. VII. 21.
[5]) Francke S. 312 f. Mühlenbruch S. 460.

Die Frist läuft nach Justinian's Bestimmung von der Antretung des Testamentserben an: von der Art, wie Letzterer zur Erklärung über den Erbschaftserwerb angehalten werden soll, wurde früher geredet[6]). Mit Recht aber erinnert Francke (S. 313), daß für den auf dem Wege der Succession nachrückenden Notherben eine Verjährung erst mit dem Zeitpunkt des Wegfalls des an erster Stelle Berufenen beginnen kann. Wenn man endlich beim Vorliegen erheblicher Hinderungsgründe die Querel noch nach beendigter fünfjähriger Frist zuließ, ohne daß es einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bedurft hätte[7]), so ist dies vielleicht auf die selbständige Stellung des Centumviralgerichts zurückzuführen, dem man die Erledigung von Rechtsfragen überlassen mochte, über die sich bei den zum Formularverfahren gelangenden Streitsachen der Prätor die Cognition vorbehielt.

Besonderes Interesse nimmt die Frage in Anspruch, ob die Verjährung für einen Notherben läuft, der als Besitzer des Vermögens die Querel in modum contradictionis anzubringen hat. Die herrschende Meinung ist für Verneinung[8]); man hebt hervor, ein solcher Besitzer befinde sich schwerlich in der Lage, die Querel selbständig zu erheben: könne er auch zur Klage provociren, so sei doch dieses lediglich zu Gunsten des Provocanten geordnete Rechtsmittel bei unsrer Frage nicht in Anschlag zu bringen. — Die entgegengesetzte Ansicht vertritt Windscheid[9]): er stützt sich auf den an andrer Stelle von ihm ausgeführten Satz, daß die Verjährung des obligatorischen Anspruchs auch die auf der Obligation beruhende Einrede beseitigt, sofern diese nicht neben der Obligation eine selbständige Existenz hat. Wie mir scheint, darf die Frage nicht auf die Verjährung der Einreden gestellt werden. Die vom besitzenden Notherben anzubringende Querel ist ein selbständiger Gegenangriff gegenüber der Erbschaftsklage des eingesetz-

---

[6]) Vergl. § 46 unter V (S. 392 f.), § 47 unter B. 6.

[7]) l. 8 § 17 D. h. t.: — ex magna et justa causa. l. 16 C. eod.: — ex prioris judicii (sc. quasi testamentum non sit jure perfectum) mora. Vergl. auch l. 2 C. in quib. caus. in int. rest. 2. 41.

[8]) Francke S. 314 f. Mühlenbruch S. 463 z. A. Arndts II S. 581 Anm. 111.

[9]) Pand. III § 585 bei Anm. 7a. (Die in unserm Text angegebene Begründung von Windscheid's Ansicht ist aus der Verweisung auf Pand. I § 112 Anm. 8 zu entnehmen).

ten Erben[10]). Und auf dieſe Form der Geltendmachung iſt jener Beſitzer beſchränkt, wenn anders unſre auf die l. 7 § 1 D. de H. P. 5. 3 geſtützte Ausführung im § 47 A (S. 401 ff.) begründet iſt. Aus dieſen Sätzen folgt in der That, daß eine Verjährung dieſes Anſpruchs nicht denkbar iſt, ſo lange nicht zu deſſen Verfolgung durch die Erbſchaftsklage des Teſtamentserben die Möglichkeit geboten iſt. Denn in Wahrheit iſt nach jener von uns vertretenen Auffaſſung zu ſagen, daß die Querel in dieſer beſonderen Geſtalt erſt mit dem Angriff des eingeſetzten Erben in's Leben tritt. Wollte man aber auch behaupten, der beſitzende Notherbe könne zwar ohne Weiteres die Klage erheben, er treffe aber auf eine Einrede des nicht beſitzenden Verklagten, ſo müßte doch auch das Daſein dieſer Einrede den Lauf der Verjährung hindern[11]).

§ 56.

3. Tod des Berechtigten. — Fälle des Uebergangs auf die Erben *).

I. Die Querel erliſcht mit dem Tode des Berechtigten[1]). Der Grund iſt ein zweifacher[2]). Zunächſt liegt es im Weſen der durch die Klage frei zu machenden geſetzlichen Erbberechtigung, daß dieſe unerworben nicht auf die Erben übergeht. Sodann hat der in den Rechtsgrund der Querel aufgenommene Geſichtspunkt einer dem Notherben zugefügten Kränkung hier zu einer Betonung der perſönlichen Natur des Anſpruchs geführt[3]).

II. Indeſſen kann der Uebergang auf die Erben überall durch eine beſtimmte Thätigkeit des Berechtigten geſichert werden: in Einem Falle vollzieht er ſich ſogar ohne Weiteres. Bei jedem Querelberechtigten genügt zur Abwendung des Untergangs der irgendwie an den Tag gelegte Entſchluß, von der Anfechtungsklage Gebrauch zu machen[4]).

---

[10]) l. 8 § 13 D. h. t. l. 7 § 1 D. de H. P. 5. 3. Vergl. oben § 47 unter B. 2 (S. 410 f.).

[11]) Vergl. Windſcheid I § 109 unter 1.

*) Francke S. 315—319. Mühlenbruch 35 S. 463—474.

[1]) l. 6 § 2. l. 7. l. 8 pr. D. h. t.

[2]) So Francke S. 315. Windſcheid § 585 Anm. 8.

[3]) Vergl. l. 1 § 8 D. si quid in fraud. patr. 38. 2, wo die Querel mit der Injurienklage zuſammengeſtellt wird. l. 28 D. de injur. 47. 10. Dazu § 46 bei Anm. 4.

[4]) Paul. l. 7 D. h. t.: — si *comminatus* tantum accusationem fuerit —. Carac. l. 5 C. h. t.: Si pater tuus — postquam *propositum habuisset* inofficiosum fratris testamentum dicere, te herede relicto decesserit, causam —

Der Wille wird ſich in den meiſten Fällen in Schritten zur Einleitung oder Vorbereitung des Proceſſes äußern: daher wird der Beginn des Proceſſes oder deſſen Vorbereitung beſonders häufig erwähnt[5]).

Entſprechend der Bemerkung unter I iſt bei jener Thätigkeit des Berufenen eine doppelte Willensbeſtimmung zu unterſcheiden: der auf den (vorläufigen) Erwerb der geſetzlichen Erbfolge gerichtete Wille und der Entſchluß, wegen der durch die Nichtberückſichtigung angethanen Kränkung Genugthuung zu ſuchen. Der Charakter jener Erwerbshandlung iſt ſcharf ausgeprägt in der bonor. possessio litis ordinandae gratia[6]). Behufs der Herſtellung des für den Querelſtreit wie für die Transmiſſion auf die Erben erforderlichen vorläufigen Erwerbs durfte die bonor. possessio nachgeſucht werden, wenngleich das Teſtament noch in Geltung ſtand, demnach die geſetzliche Erbfolge noch nicht deferirt war. Dieſe heutzutage bedeutungsloſe bonor. possessio hatte nur die formelle Natur eines Erwerbsacts: der materielle Gehalt der Erbberechtigung blieb dem bonor. possessor verſchloſſen, ſo lange derſelbe das Teſtament nicht umgeſtoßen hatte[7]). Unentbehrlich aber war ſie für den Proceß wie für die Vererbung, wenn der Querelberechtigte nur nach prätoriſchem Recht zur Erbfolge gelangen konnte[8]). Die Anſichten, daß die bon. poss. litis ordinandae gratia eine lediglich auf den Emancipirten berechnete bon. poss. Unde liberi geweſen ſei, oder daß ſie vorwiegend die Beſtimmung gehabt

---

quocunque modo illi placitam exsequi non prohiberis. Auf dem angegebenen Wege kann der Uebergang auf die Erben des Notherben ſchon vor der Antretung des Teſtamentserben geſichert werden. Arg. l. 34. l. 36 § 2 C. h. t.

[5]) Ulp. l. 6 § 2 D. h. t.: — instituta accusatione inofficiosi —; — jam tamen coepta controversia vel *praeparata* —. Paul. l. 7 D. eod.: Quemadmodum *praeparasse* litem quis videatur: — in der Folge wird nach einem Reſcript von Pius die libelli datio et denuntiatio beſonders betont. Carac. l. 5 C. eod.: — post *litem contestatam* —. Justinian. l. 34 C. h. t.: — nulla hereditatis petitione ex nomine de inofficioso constituta vel *praeparata* — und: — et nisi *praeparatio* facta est ad inofficiosi querellam instituendam —. Vergl. noch Juſtinian l. 36 § 2 C. eod.: licet se non *praeparaverit* — und: — quando antiquis libris insertam faciat *praeparationem*.

[6]) l. 6 § 2. l. 7. l. 8 pr. D. h. t. l. 2 C. eod. l. 1 C. Th. eod. 2. 19 „sine auxilio praetoris“. Vergl. noch l. 8 § 16 D. h. t. l. 26 § 2 D. de test. tut. 26. 2.

[7]) l. 2 C. h. t.

[8]) Vergl. l. 7 D. h. t. l. 1 C. Th. eod.

habe, den Notherben schon vor dem Ausgange des Processes in den Besitz der Erbschaft einzuweisen, dürfen nach dem heutigen Stande der Lehre als erledigt gelten[9]).

Umgekehrt wird in einer einzelnen schon im § 52 Anm. 8 erwähnten Anwendung für den Uebergang auf die Erben die Bethätigung des Erwerbswillens nicht verlangt, wohl aber die Darlegung des Entschlusses, wegen der persönlichen Verletzung sich Genugthuung zu verschaffen. Es ist dies der Fall eines enterbten suus; bei ihm wird der beregte Gedanken von Paulus, l. 7 D. h. t., so wiedergegeben:

— et ponamus in potestate fuisse eum, *ut neque bonorum possessio ei necessaria et aditio hereditatis supervacua sit*; is *si comminatus tantum accusationem fuerit* vel usque ad denuntiationem vel libelli dationem praecesserit (processerit? Momms.), ad heredem suum accusationem transmittet —.

Nach Justinian's l. 34 C. h. t. soll zu Gunsten der Nachkommen eines zur Querel berechtigten Descendenten die Transmission des Anspruchs unter besonderer Voraussetzung unbedingt eintreten: wenn ein solcher Descendent stirbt, während der eingesetzte Erbe noch wegen des Erwerbs deliberirt, so soll die Querel auf die Nachkommen des Ersteren übergehen, wenngleich dieser den Entschluß zu deren Erhebung weder ausdrücklich noch thatsächlich zu erkennen gegeben hat[10]). Das Gesetz ist sehr mangelhaft abgefaßt: wenngleich dasselbe im Eingang deutlich die Absicht äußert, für den Fall der noch ausstehenden Antretung des Testamentserben Vorsehung zu treffen, wird doch im Schlußsatz die Verwilligung der Transmission durch das Hinzufügen eingeschränkt: nisi pater adhuc superstes vel repudiavit querellam

---

[9]) Vergl. Bangerow II § 478 Anm. unter 3. Leist, Forts. von Glück II S. 257—264. Dazu die Darstellungen von Francke S. 315 f. Mühlenbruch 35 S. 155—157.

[10]) Die im Text durch den Druck hervorgehobenen Worte sollen den Satz der l. 34 C. cit. wiedergeben: — nulla hereditatis petitione ex nomine de inofficioso *constituta vel praeparata*. Schneider im deutschen corp. juris übersetzt: „ohne die Erbschaftsklage — angestellt oder vorbereitet zu haben". Allein an ein Anstellen der Querel läßt sich nicht denken, so lange es an einem Beklagten fehlt; darum nehme ich das „constituere" im Sinne von „consilium capere" (*Dirksen* v. constituere § 7). Die beiden vom Kaiser gebrauchten Ausdrücke wollen danach den in Worten erklärten und den in Handlungen geäußerten Entschluß unterscheiden.

vel quinquennium tacuit, scilicet post aditam hereditatem. Dies kann auf den Gedanken führen, als ſolle allgemein transmittirt werden, auch wenn der Deſcendent nach dem Erwerb des Teſtamentserben ſtirbt. In der That hat dieſe Auffaſſung in unſrer Zeit Vertheidiger gefunden[11]). Allein ſo zweifelhaft die Sache erſcheinen mag, ſo muß man doch an dem im Eingang der l. 34 C. cit. mit großer Beſtimmtheit dargelegten Gebiet der neuen Vorſchrift, wie wir es oben beſchrieben, feſthalten, zumal da die eigentliche Dispoſition des Geſetzes ſich mittelſt der Worte: — „jubemus, *in tali specie* eadem jura nepoti dari“ auf jenen Eingang zurückbezieht, auch ein ſpäteres Geſetz — l. 36 § 2 in f. C. eod. — die nämliche Einſchränkung der Neuerung vorausſetzt. Die Schlußworte „scilicet post aditam hereditatem“ ſind vielleicht ein dem Geſetz mit Rückſicht auf die demnächſt erlaſſene l. 36 § 2 C. eod. beigegebener ungeſchickter Zuſatz: auf alle Fälle hat man ſie nur als Probe fahrläſſiger Faſſung eines Geſetzes zu behandeln[12]).

Unter den Neueren hat Windſcheid[13]) darauf aufmerkſam gemacht, daß die Frage geringe praktiſche Bedeutung habe, da nach Nov. 118 auch für die Deſcendentenclaſſe die successio graduum gelte, der Enkel daher die Querel kraft eignen Rechts habe. So nehme auch ich an; indeſſen muß die Ausführung dieſes Satzes mit Rückſicht auf das Recht der Nov. 115 hier ausgeſetzt bleiben. (Vergl. § 53 unter II. S. 464.)

---

[11]) Marezoll, Zeitſchr. f. Civ.-R. und Proc. III S. 343 ff. Arndts II S. 580 Anm. 106.

[12]) Die hier angenommene Anſicht ſcheint die Herrſchaft zu behaupten. Dafür Francke S. 317—319. Mühlenbruch S. 463—472. Vangerow II § 478 Anm. unter 3. Erk. des O.-A.-G. zu Wolfenbüttel vom 13. Oct. 1848 bei Seuffert, Arch. 19. 248.

[13]) Pand. III § 585 Anm. 9 in Verbindung mit § 579 Anm. 9. § 573 Anm. 4.

§ 57.

H. Subsidiarität der Querel. — Erbunwürdigkeit des im Streit Unterliegenden.

I*). Die Quellen bezeichnen deutlich die Querel als subsidiäres Rechtsmittel[1]): doch lassen sie dem Zweifel Raum, ob sie damit nur das Verhältniß zum formellen Notherbenrecht bezeichnen wollen, so daß dessen Lücken durch die Pflichttheilsklage zu ergänzen wären[2]), oder ob dieses Rechtsmittel nur in Ermangelung jeder sonstigen Rechtshülfe zu Gebote stehen soll[3]). Für die erstere Auffassung scheinen mehrere Aeußerungen der Quellen zu sprechen; in Wahrheit jedoch wird man denselben keine Bedeutung beizulegen haben. Ulpian äußert in l. 8 § 12 D. h. t.:

Si quis et irritum dicat testamentum vel ruptum et inofficiosum, *condicio ei deferri debet*, utrum prius movere volet.

Also ein Erbprätendent, der das Testament aus dem doppelten Grunde anzufechten denkt, weil es nichtig sei (irritum, ruptum), und weil es Grund zur querella inofficiosi testamenti gebe, soll sich frei darüber entscheiden können, mit welchem Angriff er zuerst bei Gericht vorgehen will. Aehnlich verstattet Gordian, l. 14 C. h. t., nach fruchtlos durchgeführter Querel mit der Behauptung der Testamentsfälschung hervorzutreten, oder umgekehrt[4]). Darin liegt kein Beweis gegen die absolute Subsidiarität der Querel. Daß der Kläger das Zusammentreffen beider Mängel beim Testament behauptete, wird nicht gesagt und ist auch bestimmt nicht gemeint: die Nichtigkeit

*) Bluntschli S. 157—159. Mühlenbruch 35 S. 358. 360 Anm. 37. Schneider, die allgemeinen subsidiären Klagen des römischen Rechts S. 440 ff.

[1]) § 2 J. de inoff. 2. 18. Tam autem naturales liberi quam secundum nostrae constitutionis divisionem adoptati *ita demum* de inofficioso testamento agere possunt, si nullo alio jure ad bona defuncti venire possunt. nam qui alio jure veniunt —, de inofficioso agere non possunt. Justin. l. 4 p. C. de lib. praet. 6. 28. — Nam cum ultimum adjutorium de inofficiosi querella positum est et nemo ab alio ortus praesidio ad hanc decurrere possit —. Dazu l. 8 § 15 D. h. t. *Theophil.* ad § 2 J. cit.

[2]) Dafür namentlich Bluntschli § 19. Windscheid III § 585 a. E.

[3]) So Mühlenbruch a. a. O. Schneider S. 442 ff. Bangerow II § 481.

[4]) Unerheblich ist für unsre Frage l. 16 C. eod. Dort war von vorn herein die Querel zurückgestellt, sie kam erst zur Verhandlung, nachdem der Proceß über die Erbschaftsklage, welche das Testament wegen Formmangels angriff, ausgetragen war.

ſchließt die bloße Anfechtbarkeit aus. Alſo kann nur die Angabe vorliegen, daß das Teſtament nichtig oder doch mindeſtens wegen Pflichtwidrigkeit anfechtbar ſei: der Umſtand allein aber, daß der Kläger außerhalb des Proceſſes ſich auf dieſe beiden einander ausſchließenden Mängel beruft, kann ihm nicht die Befugniß rauben, an erſter Stelle ſich auf den Klaggrund zu ſtützen, zu dem er vorzugsweiſe Vertrauen hat, alſo auch nach Befinden auf die Inofficioſität[5]). Immer muß ja, falls in einem ſolchen Proceſſe dargethan wird, daß das Teſtament nichtig iſt — ein Beweis, den freilich der beklagte Teſtamentserbe ſchwerlich unternehmen wird — die Querel abgewieſen werden. — Wie wenig jene ſubjective Anſicht des Klägers für die Behandlung des ſubſidiären Rechtsmittels Bedeutung hat, zeigt die Art, wie die Quellen die Subſidiarität bezeichnen. In Frage kommt überall nur, ob in Wahrheit ein concurrirendes Rechtsmittel vorhanden iſt. Vergl. z. B. Ulpian's Bemerkung über die nach Ablauf des annus utilis zu ertheilende actio quod metus causa, l. 14 § 2 D. quod met. c. 4. 2:

In causae autem cognitione versatur, ut, *si alia actio non sit*, tunc haec detur —,

das Edict über die actio doli, l. 1 § 1 D. de dolo 4. 3:

— *si de his rebus alia actio non erit*, — judicium dabo,

die Bemerkung über die Wiedereinſetzung Minderjähriger bei Ulp. l. 16 pr. D. de minor. 4. 4:

In causae cognitione etiam hoc versabitur, *num forte alia actio possit competere citra in integrum restitutionem* —.

Wir dürfen hiernach behaupten, daß kein Zeugniß der Quellen vorliegt, welches für die Eingangs dargeſtellte einſchränkende Auffaſſung der Subſidiarität ſpräche. Iſt dies aber begründet, ſo muß uns die allgemeine Faſſung der von Letzterer redenden Zeugniſſe (Anm. 1) dazu beſtimmen, nur da eine Querel zuzulaſſen, wo ſich dem Notherben kein andres Mittel darbietet, ſeine Erbberechtigung

[5]) In dieſem Sinne wird l. 8 § 12 cit. ſchon in Bas. **39.** 1. 8 schol. 26 (Stephanus ad v. *ἀνίσχυρον τὴν διαθήκην*) erklärt: *Οὐκ εἶπε δεικνύων, ἀλλὰ λέγων τέως, οὐ πάντως τῆς ἀληθείας ἐχούσης οὕτως· ἢ γὰρ ἂν οὐκ ἐδίδοτο αὐτοῖς δεῖνοφικίοσο, πρῶτον μὲν ἐπειδὴ μὴ κατὰ ρούπτας ἢ νὸν ἴουρε φάκτας, ἀλλα κατὰ ἐρρωμένης διαθήκης ἡ δεῖνοφικίοσο παρέχεται· ἔπειτα δὲ ὅτι καὶ σουβδιαρία ἐστὶν ἡ δεῖνοφικίοσο·* Uebereinſtimmend Mühlenbruch a. a. O. — Andere Auslegungsverſuche, die weder nahe liegen noch ſonſt befriedigen, bietet Schneider S. 444—452.

zur Geltung zu bringen. In der That ſind die im § 2 J. h. t. gewählten Ausdrücke den ſoeben mitgetheilten Aeußerungen über die actio doli und andre ſubſidiäre Rechtsmittel durchaus ähnlich.

Hervorzuheben iſt eine Ausnahme, die der Grundſatz der Subſidiarität erleidet. In einer ſchon in anderm Zuſammenhange beſprochenen Stelle — l. 1 § 6 D. si a parente 37. 12 — lehrt Ulpian, dem Vater ſtehe neben der ihm durch das Edict in Ausſicht geſtellten bon. poss. contra tabulas gegenüber dem Teſtament des von ihm emancipirten Kindes auch die Querel zu (jus antiquum)[6]. Das iſt in der That eine Ausnahme vom Grundſatz der Subſidiarität und eine ſehr begreifliche. Zu dem urſprünglichen civilen Anſpruch iſt hier das prätoriſche Inſtitut hinzugetreten, gleich dem Erſteren dazu beſtimmt, gegen die pflichtwidrige letztwillige Zurückſetzung des parens manumissor Abhülfe zu gewähren. Die bei beiden Wegen vorliegende gleiche Tendenz ſchließt die Abſicht des Prätor aus — und das beſagen in der That Ulpian's Worte —, das Querelrecht einzuſchränken[7].

II. Erbunwürdigkeit[8]. Poſitiver Natur iſt der Satz, daß der Notherbe, welcher den letzten Willen mit der Querel erfolglos angefochten hat, das ihm mittelſt deſſelben Hinterlaſſene als erbunwürdig an den Fiscus verlieren ſoll[9]. Vorausſetzung iſt, daß der Notherbe den bis zum Enderkenntniß durchgeführten Proceß verloren hat[10]. Weitere Einzelnheiten, in denen die Vorſchrift caſuiſtiſch in den

---

[6]) Die l. 1 § 6 cit. iſt ſchon im § 34 unter B. S. 244 ff. beſprochen; indeſſen ſoll das kurze Fragment ſeiner Bedeutung wegen hier noch einmal Platz finden: Patrem autem accepta contra tabulas bonorum possessione et jus antiquum, quod et sine manumissione habebat, posse sibi defendere Julianus scripsit: nec enim ei nocere debet, quod jura patronatus habebat (habeat? Momms.), cum sit et pater.

[7]) Bas. 40. 6 1 schol. 6 Schmidt S. 140 f. Anm. 37. (Wenn übrigens Schmidt hervorhebt, daß die Subſidiarität in den Quellen nur in Bezug auf die Kinder ausgeſprochen werde, ſo iſt zu erinnern, daß die l. 4 C. de lib. praet. 6. 28 offenbar einen allgemeineren Grundſatz aufſtellen will, und daß kein Grund erfindlich iſt, um deſſen willen grade die Kinder im Gebrauch der Querel mehr als andere Notherben beſchränkt ſein ſollten).

[8]) Das Einzelne bei Vangerow II § 565 Anm. unter I. A. 7. Keller, Inſtit. S. 395 unter c., verglichen mit S. 393 unter b.

[9]) l. 8 § 14 l. 22 § 1 — 3. l. 30 § 1 D. h. t. l. 5 § 8. 9. D. de his quae ut indign. 34. 9. l. 13 § 9 D. de jure fisci. 49. 14.

[10]) l. 8 § 14. l. 22 § 1—3 citt.

Quellen ausgeführt wird, dürfen als der Lehre von der Erbunwürdigkeit angehörig übergangen werden. Nur Eins ist zur Hervorhebung des Gegensatzes gegen eine im § 53 bei Anm. 22 erwähnte Bestimmung zu bemerken: der Vormund, der Namens seines Mündels die Querel zum Austrag gebracht hat, büßt darum das ihm selbst im angefochtenen Testament Zugewendete nicht ein[11]).

Auch hier begegnen auf verwandten Gebieten verwandte Sätze. Dem Patron, welcher gegen das Testament des Freigelassenen die bon. poss. contra tabulas nachgesucht hat, werden die Klagen wegen der ihm durch letzten Willen des Erblassers ausgesetzten Zuwendungen versagt[12]). Indessen tritt dabei keine Erbunwürdigkeit ein, vielmehr wird das dem Patron Hinterlassene, zu dessen Verfolgung die mit der bonorum possessio gegebenen Rechtsmittel dienen, in den Pflichttheil eingerechnet[13]). — Ebenso verliert ein Descendent, welcher die (gemeine) bon. poss. contra tabulas erbeten hat, die Vortheile, welche ihm durch letzten Willen des Ascendenten in Aussicht gestellt waren[14]). Auch hier besteht keine Erbunwürdigkeit; die ausfallenden Verfügungen bleiben bei der nach den Grundsätzen der prätorischen Notherbfolge eintretenden Vertheilung des Vermögens unberücksichtigt.

Kehren wir auf einen Augenblick zur Querel zurück. In einem durch Bescheid des O.-A.-G. zu Cassel vom 22. März 1861 bestätigten oberrichterlichen Erkenntnisse[15]) wurde die Folge der Erbunwürdigkeit ausgeschlossen gegenüber einem Kläger, der bei Lage der Sache nur mit der Ergänzungsklage auftreten konnte, deshalb mit der Querel abgewiesen wurde. Die Entscheidung macht geltend, die vorliegenden Aussprüche des römischen Rechts setzen ein Verhältniß voraus, „wo die rechtliche Begründung der Inofficiositätsquerel nicht in Frage stehe, da nur unter dieser Voraussetzung die Möglichkeit eines Unterliegens mit der den Klaggrund bildenden Behauptung der Inofficiosität im Sinne jener Gesetze liege." Diese Auffassung ver-

[11]) l. 30 § 1 D. de inoff. 5. 2.

[12]) Ulp. l. 16 § 5 D. de bon. libert. 38. 2: Si quis bonorum possessionem contra tabulas liberti acceperit, ab omni liberti judicio repellitur. — Einzelnes in l. 16 § 5—9 D. eod.

[13]) l. 10 pr. l. 20 § 2. 3 D. eod. Vergl. die Darstellung bei Schmidt S. 89—91.

[14]) l. 5 § 2—4. D. de legat. praest. 37. 5. l. 18 § 1 D. de B. P. co. tab. 37. 4.

[15]) Seuffert, Arch. 15. 39.

mag ich nicht zu theilen. Das Motiv der die Erbunwürdigkeit anordnenden Vorschrift ist der in der Querel zu Tage tretende Angriff gegen die Person des Erblassers, die Behandlung seiner letzten Willensordnung als der Verfügung eines Wahnsinnigen[16]). Eben darum kann nicht in Betracht kommen, aus welchem Grunde der Angriff als ungerechtfertigt zurückgewiesen wird. Dem entsprechen auch die Aeußerungen der Quellen (Anm. 7); sie knüpfen die Erbunwürdigkeit ohne Einschränkung an das Unterliegen des Klägers im erhobenen Rechtsstreit.

§ 58.

III. Die Ergänzungsklage *).

I. Die Frage, ob schon dem classischen Recht ein Anspruch auf Ergänzung des Pflichttheils bekannt gewesen ist — gegenüber einer den Letzteren nur theilweise gewährenden Zuwendung —, ist eine sehr zweifelhafte. Soviel ist gewiß, daß eine unzulängliche Zuwendung die Querel nicht ausschloß [1]). Ganz so war es beim Pflichttheilsrecht des Patrons: eine Zuwendung, welche hinter dem Betrage des Pflichttheils zurückblieb, hinderte die bon. poss. contra tabulas nicht[2]). Indessen scheint die folgende Aeußerung aus Paul. sent. IV. 5 § 7 zu beweisen, daß der Notherbe zwischen der Querel und dem Anspruche auf Ergänzung wählen konnte:

Filius (in. del.) judicio patris si minus quarta portione consecutus sit, ut quarta sibi a coheredibus fratribus citra inofficiosi querellam impleatur, jure desiderat.

Es ist begreiflich, daß ein so völlig vereinzelter Ausspruch unsrer Rechtsquellen verschiedenartigen Erklärungen hat begegnen müssen.

---

[16]) Ulp. l. 8 § 14 D. h. t. Meminisse autem oportebit eum, qui testamentum inofficiosum *improbe* dixit et non optinuit, id quod in testamento accepit perdere —, sed ei demum aufertur quod testamento datum est, qui usque ad sententiam judicum (in ins. Momms.) lite improba perseveraverit —.

*) Francke S. 328—349. Mühlenbruch, Forts. 36. S. 1—38. Arndts II S. 582 f. S. 618—621 Num. 15—17.

[1]) Antonin. (Carac.) l. 8 § 1 C. h. t. Qui autem agnovit judicium defuncti eo, quod debitum paternum pro hereditaria parte persolvit vel alio legitimo modo, etiamsi minus quam ei debebatur relictum est, — — accusare ut inofficiosam voluntatem patris quam probavit non potest. Vergl. auch l. 8 § 6. 8 D. h. t. § 6 J. h. t.

[2]) Gaj. III. 41. Ulp. 29. 1. § 1 J. de success. libert. 3. 7. l. 21 § 1 D. de jure patron. 37. 14. Schmidt, Pflichtth.-R. S. 74 f. bei Anm. 125.

Die eine Anſicht nimmt ihn in dem ſoeben angedeuteten allgemeinen Sinne; danach konnte jeder Notherbe in der erwähnten Weiſe wählen[3]). Für dieſe Anſicht ſpricht, daß ſie mit dem Wortlaut der uns durch Paulus aufbewahrten Nachricht am Beſten vereinbar iſt: die abweichenden Meinungen beruhen auf gezwungener Auslegung, vermögen ſich überdies auf ſonſtige haltbare Gründe nicht zu ſtützen. Hervorzuheben ſind von den ſonſtigen Anſichten dieſe. Die eine betont das „a coheredibus *fratribus*“; danach ſoll der Anſpruch auf Ergänzung nur eingreifen — dann aber mit Ausſchluß der Querel —, wenn die Miterben des verkürzten Notherben deſſen Geſchwiſter ſind[4]). Hier iſt entgegenzuhalten, daß es dem behaupteten Rechtsſatze ſowohl an innerer wie an äußerer Begründung fehlt. In letzterer Hinſicht hat man ſich auf l. 3 C. h. t. berufen: allein dieſe im § 48 unter II betrachtete Stelle ſpricht nicht von einem Anſpruch auf Ergänzung; zudem enthält ſie eine völlig ſinguläre Entſcheidung, die lediglich auf den in ihr beſprochenen Fall berechnet iſt. Umgekehrt lehren l. 8 pr. C. h. t. l. 2 C. Greg. eod., daß die Querel auch unter Geſchwiſtern bei einer dem Einzelnen vom verſtorbenen Erzeuger gemachten unzulänglichen Zuwendung ſtattfand.

Nicht beſſer ſteht es mit der von Mühlenbruch entwickelten Anſicht[5]): er will das „judicio patris“ der Stelle nicht mit dem Verbum „consecutus sit,“ ſondern mit dem „ut quarta — impleatur“ verbinden. Danach ſoll Paulus ſagen:

„Der Sohn kann einer darauf gerichteten väterlichen Verfügung gemäß, wenn ihm weniger als der vierte Theil zugewendet iſt, Ergänzung des Fehlenden von ſeinen Miterben fordern.“

Dieſer Gedanke würde in den Worten des Juriſten einen unerträglichen Ausdruck gefunden haben; dagegen laſſen ſich für die Auslegung, die wir jenen Worten geben, mehrfache, nahe verwandte ſprachliche Vorkommniſſe aufzeigen[6]).

---

[3]) So *Schulting*, jurisprud. antejust. ad Pauli rec. sent. h. l. (dort wird auf Ranchinus verwieſen); ſo ferner Francke S. 328. Arndts S. 582 bei Anm. 129.

[4]) So Cujac. interpret. in Jul. Paul. rec. sent. ad h. l. — I. 449; von den Neueren Glück VII S. 112.

[5]) Fortſ. a. a. O. S. 6 f.

[6]) Vergl. z. B. Alex. l. 1 in f. C. Greg. h. t.: — cum — non perimatur querella inofficiosi testamenti, *si ex judicio patris* supremo quarta filiae non suppletur cet. Alex. l. 2. C. Greg. eod. *si ex voluntate patris — tertiae portio-*

Daß wir für den Satz, den wir oben aus der Sentenz des Paulus ableiteten, weitere Zeugniſſe der Quellen nicht beſitzen, erklärt ſich aus dem durch Juſtinian's l. 30 C. h. t. eingeführten neuen Recht. Mit Rückſicht auf Letzteres wird man alle Aeußerungen geſtrichen haben, die ſich auf das frühere Wahlrecht bezogen.

II. Ich komme zum Recht aus der l. 30 C. cit. von 528. Juſtinian will, wie er ſelbſt ankündigt, mit ſeiner neuen Vorſchrift der vielfach vorkommenden Vernichtung von Teſtamenten auf dem Wege der Querel „vel alio modo“ [7]) begegnen. Hat der Erblaſſer einem Notherben durch Erbeseinſetzung oder Vermächtniß Etwas, doch weniger als den Pflichttheil, hinterlaſſen, ſo ſoll es nicht zur Querel kommen; der Notherbe ſoll nur fordern können, daß ihm ohne Verzug und Beſchwerung das am Pflichttheil Fehlende gewährt werde. Damit iſt die Querel auf den Fall beſchränkt, wo dem Notherben eine Zuwendung überall nicht gemacht iſt; eine ausgedehnte Anwendung hat mit der l. 30 C. cit. die Ergänzungsklage gewonnen. Ich beſtimme zunächſt *das Gebiet des Anſpruchs*: dies hat nach zwei Seiten hin zu geſchehen.

A. Vor Allem bedarf es einer näheren Bezeichnung der *Zuwendungen, welche die Querel ausſchließen*. Man iſt darüber einig, daß die möglichen Zuwendungsformen mit der Erbeseinſetzung und dem Vermächtniß, von denen l. 30 pr. C. cit. allein ſpricht, nicht erſchöpft werden. Die l. 35 § 2 C. eod. von 531 — wenig über 3 Jahre jünger als die l. 30 C. cit. — erwähnt neben der letztwilligen Hinterlaſſung die Schenkung auf Todesfall ſowie die Schenkung unter Lebenden, welche mit der Auflage der Einrechnung in den Pflichttheil gemacht wird: der Notherbe, welcher ſich nach dem Tode des Erblaſſers den eingeſetzten Erben gegenüber zum Empfang ſolcher Leiſtungen bekennt, ſoll damit die Ergänzungsforderung nicht verlieren. In dem gleichen Sinne wird die ſoeben beſchriebene Form der Schenkung unter Lebenden in der (interpolirten) l. 25 pr. D. h. t. beſprochen [8]). — Damit ſtimmen oberſtrichterliche Erkennt-

nis quarta ad te sine ulla deminutione *pervenire non potuit*, inofficiosi testamenti accusationem instituere non prohiberis. — l. 21 § 1 D. de jure patron. 37. 14.

[7]) Ueber die an dieſen Ausdruck anknüpfende Anſicht, wonach die l. 30 C. cit. nicht allein in das Pflichttheilsrecht, ſondern ebenſo in das formelle Notherbenrecht der sui und emancipati tief eingreifen würde, vergl. einſtweilen § 31 unter 2 (S. 214 f.).

[8]) Vergl. namentlich *Francke* S. 330.

niſſe überein, wenn ſie vom Standpunkt des neueſten Rechts ſich dahin ausſprechen, daß die Einſetzung des Notherben auf das, was er vom Erblaſſer bei deſſen Lebzeiten empfangen und ſich in den Pflichttheil einzurechnen hat, den formellen Anforderungen des Notherbenrechts genügt und den Pflichttheilsberechtigten auf die Ergänzungsklage beſchränkt[9]).

Sieht man ſowohl vom alten formellen Notherbenrecht wie von der Einſetzungsvorſchrift der Nov. 115 ab, ſo darf man weder bei den außerhalb der Beſtimmung der l. 30 pr. C. cit. liegenden Fällen der Schenkung auf Todesfall oder unter Lebenden ſtehen bleiben, noch die Einſetzung auf das vom Erblaſſer bei deſſen Lebzeiten Empfangene fordern; vielmehr iſt zu ſagen: jede gültige Zuwendung auf den Pflichttheil aus einem Rechtsgeſchäft unter Lebenden wie auf den Todesfall ſchließt die Querel aus, läßt alſo nur die Ergänzungsklage beſtehen.

Immer jedoch muß eine Zuwendung von Vermögenswerth vorliegen, wenn es nicht zur Querel kommen ſoll. Iſt dieſem Erforderniß durch die Einſetzung des Notherben auf eine einzelne Sache genügt, wenn dieſe Sache nicht exiſtirt? Die Frage iſt behandelt in einem Erkenntniß des O.-A.-G. zu Darmſtadt vom 28. Nov. 1826[10]): der Gerichtshof hält die Verfügung, ſofern nur wirkliche Ernennung zum Erben vorliegt, (vom Standpunkt der Nov. 115) für genügend: in der Einſetzung, heißt es, ſei eine injuria praeteritionis nicht enthalten, ſie habe deshalb nur die Wirkung, daß dem Notherben der volle Pflichttheil verabfolgt werden müſſe; der geſetzliche Ausdruck „*supplere legitimam*“ ſei mithin nicht im ſtrengſten Sinn zu nehmen. — Man wird die Entſcheidung mit abweichender Begründung aufrecht halten können. Der neben wirklichen Theilerben auf eine einzelne Sache gerufene Erbe wird als mit einem Erbſchaftsvermächtniß rückſichtlich ſeines Erbtheils belaſtet und wiederum mit einem Singularvermächtniß der einzelnen Sache bedacht behandelt; zugleich aber werden beide Vermächtniſſe ohne Weiteres als erfüllt angeſehen[11]). Exiſtirt nun die einem ſolchen

[9]) Erk. des O.-Trib. zu Stuttgart vom 28./29. März 1862 bei Seuffert, Arch. **19.** 173. Vergl. auch das Erk. des O.-A.-G. zu Caſſel vom 27. Januar 1844, daſ. **11.** 66.

[10]) Seuffert, Arch. **29.** 253.

[11]) l. 13 C. de hered. inst. 6. 24.

Erben zugedachte Einzelſache nicht, ſo iſt das für ihn angeordnete Vermächtniß ungültig. Indeſſen kommt ihm als wirklichem Erben die Trebellianiſche Quart zu[12]): mit Rückſicht hierauf iſt die Erbeseinſetzung ex re certa in der That eine Zuwendung, die zur Ergänzungsklage führen kann.

B. Einzugehen iſt ferner auf eine für die volle Einſicht in das Verhältniß der Ergänzungsklage zur Querel wichtige Streitfrage. Juſtinian beſchränkt in l. 30 pr. C. cit. den Anſpruch auf Ergänzung durch die Worte:

— si tamen non ingrati legitimis modis arguantur, cum eos scilicet ingratos circa se fuisse testator edixit: nam si nullam eorum quasi ingratorum fecerit mentionem, non licebit ejus heredibus ingratos eos nominare et hujusmodi quaestionem introducere. —

Wie iſt es nun, wenn der Erblaſſer dieſer Vorſchrift entſprechend bei Ausſetzung einer den Pflichttheil nicht voll deckenden Zuwendung erklärt, der Notherbe ſei nicht würdig, mehr zu empfangen? Hat hier der Notherbe, der darauf vertraut, daß der Proceß den Ungrund des Vorwurfs erweiſen wird, zur Ergänzungsklage[13]) oder hat er zur Querel[14]) zu greifen? Ich entſcheide mich für die erſte Alternative. Juſtinian ſtellt in erſter Linie die allgemeine Vorſchrift auf: liegt eine geeignete, wenn auch unzulängliche Zuwendung vor, ſo hat es nicht zur Querel zu kommen, mag der Erblaſſer wegen der eventuellen Erhöhung Vorſehung getroffen haben oder nicht. Daß eine ſolche Geſetzesbeſtimmung auf das etwaige Vorhandenſein eines Ausſchließungsgrundes Rückſicht nehmen mußte, fällt in die Augen. Nach bisherigem Recht kam es nicht zur Querel, wenn die Verkürzung eine verdiente war: iſt nun auch die Querel zum Theil durch die Ergänzungsklage erſetzt, ſo hat doch das Erforderniß nicht aufgegeben werden ſollen, daß der Pflichttheilsberechtigte des Schutzes des Rechts würdig ſei. Allein um einer ſehr einleuchtenden Erwägung willen beſchränkt der Kaiſer für dieſen Fall die Berückſichtigung von Ausſchließungsgründen. Ein Erblaſſer, der dem Pflichttheilsberechtigten überhaupt Etwas hinterläßt, hat im Zweifel nicht dafür gehalten, daß ihm dieſer Erbe Grund zur Verkümmerung des Pflichttheils gegeben

[12]) Vergl. Vangerow II § 449 Anm. 2, wo Weiteres über die Frage.

[13]) Dies iſt die Anſicht von Francke S. 340. Windſcheid III § 582 Anm. 6.

[14]) Dafür Puchta, Pand. § 490 bei Anm. n. Köppen, Grundriß eines Syſtems u. ſ. w. S. 57. 58. 65.

habe; mit Rückſicht hierauf ſollen die Teſtamentserben den Vorwurf der Unwürdigkeit nur erheben, wenn derſelbe im Teſtament ausgeſprochen iſt. Dieſe Beſtimmungen bewegen ſich auf dem Boden der Ergänzungsklage: es fehlt an jeder Andeutung, daß die dem Notherben im Teſtament zur Laſt gelegte ingratitudo eine Form ſein ſollte, welche das Rechtsmittel der l. 30 C. cit. auszuſchließen und den Streit wieder in das Geleiſe der Querel hinüberzuleiten vermöchte. Am wenigſten darf man ſagen, die l. 30 C. cit. gründe den Anſpruch auf Erfüllung des Pflichttheils auf den vermuthlichen Willen des Erblaſſers, und dieſe Vermuthung werde durch die Erklärung, der Notherbe habe ein Mehreres nicht verdient, ausgeſchloſſen[15]). Denn die Worte „sive adjiciatur testamento de adimplenda legitima portione sive non“ wollen nur hervorheben, worin das Geſetz vom bisherigen Recht abweicht: konnte doch bis dahin der Pflichttheilsberechtigte nur durch eine ausdrückliche Clauſel, wie ſie die Worte andeuten, auf die Nachforderung des am Pflichttheil Fehlenden beſchränkt werden. Und was die Verordnung ſelbſt betrifft, daß dem Notherben nur dann Unwürdigkeit ſoll vorgehalten werden können, wenn dieſe ſchon im Teſtament zur Sprache gekommen iſt, ſo will dieſelbe zwar dem wahren Willen des Erblaſſers Rechnung tragen, aber doch nur dem auf Ausſchließung oder Nichtausſchließung gerichteten Willen, nicht einem ſolchen, der ſich auf die Erhöhung der Zuwendung bis zum vollen Pflichttheil bezöge.

Lediglich zu erwähnen iſt, daß die l. 30 C. cit. die Ergänzungsklage auch für das patronatiſche Pflichttheilsrecht eingeführt hat: wegen der Durchführung im Einzelnen iſt begreiflich aus dem von dieſer Anwendung handelnden Material der Quellen nichts zu entnehmen[16]).

III. Juriſtiſch ſtellt der Anſpruch auf Ergänzung eine Obligation des Teſtamentserben dar, deren Weſen durch die Bezeichnung als geſetzliches Vermächtniß richtig getroffen wird[17]).

---

[15]) Selbſt Windſcheid a. a. O. gibt, wie mir ſcheint, zu viel zu, indem er den im Text zurückgewieſenen Gedanken in l. 30 pr. C. cit. ausgeprägt findet.

[16]) Vergl. außer l. 30 C. cit. den § 3 J. de succ. libert. 3. 7 und wegen der Bedeutung der Neuerung für die patronatiſche Pflichttheilsberechtigung Schmidt, Pflichtth.-R. S. 82— 84.

[17]) Dafür ſpricht zwar weniger beſtimmt die l. 30 pr. C. cit. verb. „non licebit ejus heredibus ingratos eos nominare cet.“, dagegen iſt der Gedanke der

Eine heutzutage überwundene Meinung wollte in der Ergänzungsklage eine actio in rem scripta sehen: man wird den Gedanken unhaltbar finden, wenn man erwägt, daß die Forderung nicht auf individuelle Vermögensstücke geht, sondern auf eine Geldsumme; hier ist am wenigsten zu erkennen, wie die Verbindlichkeit dritte Erwerber von Theilen der Erbschaft, wie sie insbesondere die Vermächtnißnehmer treffen sollte[18]).

Mehr Bedeutung hat die Ansicht, welche dem Anspruch im einzelnen Fall dieselbe juristische Natur beilegen will, die der ursprünglichen Zuwendung zukommt[19]). Dafür bietet sich scheinbar ein Anhalt in den einleitenden Worten der l. 36 pr. C. h. t.[20]); man könnte diese so verstehen wollen, als sollte eine auf die Ergänzung des am Pflichttheil Fehlenden gerichtete Verfügung des Erblassers fingirt werden. So ist es jedoch nicht. Justinian knüpft zwar an die auch sonst in den Quellen berührte Cautel an, wonach der Erblasser bei Anordnung einer Zuwendung an einen Notherben auf den Fall, daß diese unzulänglich wäre, Ergänzung vorschrieb[21]). Mit Rücksicht darauf aber wird lediglich verordnet, daß auch ohne eine solche Erklärung des letzten Willens nur ein Anspruch auf Ergänzung bestehen solle: weder liegt eine Zurückführung dieses Satzes auf den Willen des Erblassers vor, noch wird in andrer Weise die juristische Gestalt der Forderung in's Auge gefaßt.

Schon Arndts[22]) hat ferner gezeigt, daß jene Ansicht zu Verwicklungen führen müßte, wo die Grundlage der Ergänzungsklage in einer Mehrheit einzelner Verfügungen von verschiedener juristischer Natur (Erbtheil neben Vermächtniß), vielleicht von Verfügungen zu Lasten von verschiedenen Personen bestände. Hinzuzufügen ist, daß es unter

Verbindlichkeit der Erben scharf ausgeprägt in Nov. 115 c. 5 pr. — Ungerechtfertigt scheint mir die Entscheidung des O.-A.-G. zu Celle vom 3. Juli 1843 (Seuffert 11. 64), wonach der Uebergang von der Erbschaftsklage zur Ergänzungsklage keine unzulässige Klageänderung enthalten soll.

[18]) Bemerkungen über die Stimmen für und wider bei Glück VII S. 146. 147; Widerlegung der Ansicht bei Mühlenbruch S. 21 f.

[19]) Der jüngste Vertreter dieser Ansicht ist meines Wissens Puchta, Pand. § 489 a. E. Weitere Citate bei Mühlenbruch S. 23.

[20]) l. 36 pr. C. cit.: Scimus ante constitutionem fecisse, qua cautum est, si pater minorem debita portionem filio suo reliquisset, omninmodo, et si non adjuciatur viri boni arbitratu repleri filio, attamen *ipso jure inesse eandem repletionem.* —

[21]) Vergl. § 3 J. h. t. 2. 18. l. 25 pr. D. h. t. l. 4 C. Th. eod. 2. 19.

[22]) A. a. O. S. 618 f.

Umſtänden ganz an einer Klage fehlen würde: ſo da, wo die urſprüngliche Zuwendung in einer durch Hingabe einer Sache vollzogenen Schenkung beſtand[23]).

Um ſeinen Anſpruch dem Umfange nach feſtzuſtellen, kann der Notherbe — in Verbindung mit der Ergänzungsklage oder ſchon vor dieſer — vom Teſtamentserben Vorlegung eines Inventars oder eidlichen Verzeichniſſes des Nachlaſſes fordern[24]).

IV. Von den beim Ergänzungsanſpruch einander gegenüberſtehenden *Parteien* iſt der Forderungsberechtigte mit dem Begriff des materiellen Notherbenrechts ohne Weiteres gegeben: hervorzuheben iſt nur, daß die Vorſchrift der l. 30 C. cit. gleichmäßig auf alle Pflichttheilsberechtigte geht[25]). — Daß die Verbindlichkeit die Teſtamentserben trifft, wurde ſchon im Eingang von III bemerkt: ihnen ſteht aber gleich, wer rechtlich als Geſammtnachfolger an ihre Stelle tritt. So der Erbeserbe, der Erbſchaftsvermächtnißnehmer: § 7 J. de fideic. heredit. 2. 23.

Eine Schwierigkeit ergibt ſich, wenn das Teſtament eine Mehrheit von Erben ruft, unter dieſen aber *einzelne* neben der Berufung durch den letzten Willen auch Notherbenberechtigung oder doch geſetzliche Erbberechtigung für ſich haben, andere nicht. Sollen hier alle Erben entſprechend dem Weſen des Forderungsrechts gleichmäßig, nach Verhältniß ihrer Erbtheile, haften? Oder darf man unter gewiſſen Vorausſetzungen ſagen, daß die Erben ohne geſetzliche Erbberechtigung oder doch ohne Notherbenberechtigung allein — und zwar im ganzen Umfange der Ergänzungsforderung — in Anſpruch zu nehmen ſind? Die Schriftſteller unſrer Zeit theilen ſich in zwei Gruppen. Die eine Meinung[26]) läßt die Teſtamentserben, denen geſetzliche Erbberechtigung (oder, wie Mühlenbruch will, Notherbenberechtigung) zur Seite ſteht, *auf Höhe ihres Inteſtaterbtheils* von der Verbindlichkeit frei bleiben. Zur Begründung ſollen die

---

[23]) Wegen der Bedeutung der Controverſe für die Frage des geſetzlichen Pfandrechts *Francke* S. 333. *Mühlenbruch* S. 27 Anm. 58.

[24]) Erk. des O.-A.-G. zu *Caſſel* vom 3. Juni 1853 (Seuffert, **11**. 212).

[25]) l. 30 C. cit.: — censemus — certa et statuta lege tam mortuis consulere quam *liberis* eorum *vel aliis personis*, quibus eadem actio (sc. de inofficioso) competere poterat. — Ebenſo allgemein l. 31. l. 32. l. 35 § 2. 3 C. h. t. § 3 verglichen mit § 1 J. cit.

[26]) So (mit Berufung auf eine ſehr unbeſtimmt gefaßte Aeußerung von Glück VII S. 146) *Francke* S. 334. *Mühlenbruch* S. 29.

folgenden als Analogie herangezogenen Sätze bei der Erbschaftsklage des Theilerben und bei der Querel dienen. Findet der Theilerbe als Erbschaftsbesitzer einen Erben vor, der ihm in der gesetzlichen Erbberechtigung gleichsteht, auch nicht mehr als seinen gesetzlichen Erbtheil besitzt, neben diesem aber einen im Mitbesitz befindlichen Fremden, so hat dieser Letzte die Erbschaftsklage so aufzunehmen, als wäre er allein im Besitz des dem Kläger gebührenden Erbtheils[27]). Bei der (in Verbindung mit der Erbschaftsklage erhobenen) Querel aber lehrt l. 19 D. h. t., daß der Notherbe, dem als testamentarische Erben ein zweiter Notherbe und ein Fremder gegenüberstehen, den Ersteren nicht soll in Anspruch nehmen können, sofern derselbe nach dem Testament nur seinen gesetzlichen Erbtheil oder weniger besitzt. — Eine andere Meinung will auch die eingesetzten Notherben nur insoweit von der Ergänzungsklage befreit wissen, als ihnen *nur der Pflichttheil* zu Theil wird; man bestreitet demnach, daß solche Erben im Umfange des vollen gesetzlichen Erbtheils befreit würden[28]).

Die Frage ist nach Lage der Quellen eine sehr zweifelhafte; indessen wird man sich für die erste Ansicht zu entscheiden haben. Dies soll vorweg durch ein Eingehen auf die für die zweite Ansicht von *Arndts* (Anm. 28) entwickelten Gründe dargelegt werden. Arndts bestreitet, daß vom Recht der Querel, bei welcher in l. 19 D. de inoff. 5. 2 der Grundsatz anerkannt ist, daß dem eingesetzten Notherben der volle gesetzliche Erbtheil ungeschmälert belassen werden muß, auf die Ergänzungsklage Angesichts der verschiedenen Natur beider Rechtsmittel geschlossen werden könne. Bei der Querel sei der Satz angemessen gewesen, da sie Rescission des Testaments und damit gesetzliche Erbfolge herbeiführen wolle, dadurch aber der eingesetzte Notherbe wieder denselben Erbtheil bekommen würde, auf den er eingesetzt sei. Die Ergänzungsklage dagegen bezwecke nur *Vervollständigung des Pflichttheils* — ganz so, als sei solche ausdrücklich im Testament angeordnet: diese sei eine Last der Erbschaft, die jeder Erbe nach Verhältniß des Erbtheils anerkennen müsse, soweit dadurch nicht geschmälert werde, was der Erblasser nicht schmälern dürfe.

Ich meine, die Berufung auf die verschiedene Natur beider Rechtsmittel kann hier nicht entscheiden. Wenn auch die Querel die gesetzliche Erbfolge herbeiführen will, so verfolgt sie doch diesen Zweck

[27]) l. 1 § 3 D. si pars 5. 4. Vergl. l. 8 D. de R. V. 6. 1.

[28]) So *Arndts* S. 620 f. *Windscheid* III § 584 Anm. 3.

grade nach den Ausführungen der hier in Betracht kommenden l. 19 D. h. t. 5. 2 nur im Umfange des geſetzlichen Erbtheils des klagenden Notherben: ſie führt darum nicht durchweg zur geſetzlichen Erbfolge, insbeſondere nicht für den auf Grund ſeiner Einſetzung im Teſtament antretenden Notherben. Entſchiede man von dieſem Grundſatz aus nach regelmäßigem Recht den Fall der l. 19 cit., wo ein Fremder zu drei Viertheilen, die eine Tochter der Erblaſſerin zu einem Viertheil der Erbſchaft eingeſetzt, die zweite Tochter aber übergangen war, ſo hätte die klagende Notherbin die Hälfte des Vermögens (als geſetzlichen Erbtheil) nach Verhältniß von beiden Teſtamentserben einzufordern; der Fremde hätte $^3/_8$, die eingeſetzte Tochter $^1/_8$ der Erbſchaft herauszugeben. Ein ſolches Verfahren aber würde den Erbtheil der eingeſetzten Tochter definitiv auf $^1/_8$ herabmindern. Denn den Pflichttheil (ein Achtel) behielte dieſe Tochter noch immer, ſie hätte daher keinen Grund zur Querel gegen den Miterben. Ebenſowenig nützte ihr die Erbſchaftsklage: jeder Teſtamentserbe beſaß ja nur den ihm ausgeſetzten Erbtheil, dieſer aber iſt durch die Querel des Notherben in der Hand des einen ſo gut geſchmälert, wie in der Hand des andern. — So nach regelmäßigem Recht; indeſſen bringt Paulus nicht dieſes Recht, ſondern aus Rückſichten der Billigkeit einen regelwidrigen Grundſatz zur Anwendung: die übergangene Tochter ſoll mittelſt der mit der Querel zu verbindenden Erbſchaftsklage die ganze bei der geſetzlichen Erbfolge ihr gebührende Vermögenshälfte vom eingeſetzten Extraneus abfordern, es wird demnach ſo angeſehen, als hätte dieſer den ganzen Erbtheil der Notherbin inne[29]). Warum dieſe Auffaſſung vom Standpunkt jener Klage weniger regelwidrig ſein ſollte, wie vom Standpunkt der rein perſönlichen Ergänzungsklage, iſt nicht zu erkennen: auch bei Erſterer müßte in Wahrheit geſagt werden, der Erbtheil der Notherbin befinde ſich in den Händen der beiden Teſtamentserben[30]). Die Entſcheidung des Paulus iſt daher nur ſo

[29]) Paul. l. 19 cit.: — et ideo *ab extraneo semissem vindicandum* et defendendum totum semissem esse auferendum, *quasi semis totus ad hanc pertineat.* Secundum quod non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte intestata efficitur, licet quasi furiosae judicium ultimum ejus damnetur.

[30]) Dies haben ſich die römiſchen Juriſten ſelbſt nicht verhehlt. Vergl. Ulp. l. 1 § 3 D. si pars 5. 4: — ceterum *ratio facit, ut a duobus petam hereditatem, hoc est et a coherede meo* —: sed Pegasi sententia *utilior est.* Im Fall der l. 1 § 3 cit. wird freilich der ſinguläre Satz nur zur Verhütung doppelter

zu erklären. Hätte die Erblasserin die eingesetzte Notherbin übergangen, so könnte diese den gesetzlichen Erbtheil mit der Querel fordern: darum ist ihr im gleichen Umfange der testamentarische Erbtheil gegenüber den Pflichttheilsansprüchen anderer Notherben zu erhalten, jene Ansprüche sind gegen andere Testamentserben zu richten, denen keine Pflichttheilsberechtigung zur Seite steht.

Dieselben Erwägungen behaupten ihr Recht bei der Ergänzungsklage, und darum scheint mir die Analogie der l. 19 cit. dafür zu sprechen, daß eingesetzte Notherben (anders als einfache Intestaterben) im Umfange ihres vollen gesetzlichen Erbtheils, nicht blos des Pflichttheils, mit der Klage verschont bleiben müssen.

Das gewonnene Ergebniß wird freilich durch die Grundsätze des patronatischen Pflichttheilsrechts wieder in Frage gestellt. Nach diesen ist ohne Zweifel der einzelne von mehreren Patronen als eingesetzter Erbe der bon. poss. contra tabulas des Mitpatrons insoweit ausgesetzt, als ihm mehr als der eigne Pflichttheil zugewendet ist[31]). Wie mir scheint, läßt sich die Abweichung gegenüber der l. 19 cit. nur daraus erklären, daß bei dieser contra tabulas ebensowohl der Pflichttheil wie der mit der bonor. possessio zu erlangende Erbtheil unveränderlich die Hälfte des Vermögens ausmacht, während die Querel von der durch das Recht angesonnenen Zuwendung des Pflichttheils zu dem im Proceß zu beanspruchenden vollen gesetzlichen Erbtheil überspringt. — Danach ist die Frage übrig: ist nicht für die Ergänzungsklage, die sich gleich jener bon. poss. contra tabulas durchweg im Rahmen des Pflichttheils bewegt, die Analogie des prätorischen Instituts entscheidend? Ich nehme Anstand, dies zu bejahen; man wird vielmehr fragen müssen, welchem Pflichttheilsanspruch im einzelnen Fall die Ergänzungsklage zur Seite tritt. Auf dem Gebiet des gemeinen Pflichttheilsrechts der Verwandten theilt sie die Herrschaft

---

Processe verwendet; dagegen führt er im Fall der l. 19 cit. dazu, wie die Ausführung im Text zeigt, daß der im Mitbesitz des Vermögens befindlichen Notherbin ein Theil der Erbschaft gegen dauernde Entziehung gesichert wird.

[31]) Ulp. l. 10 pr. D. de bon. libert. 38. 2. Si ex patronis alicui satisfactum non erit ita, ut alii amplius sua portione ex bonis liberti relinquatur: ei, cui satisfactum non erit, ita actio dabitur, ut ejus portio suppleatur ex eo, *quod extraneo heredi et quod patrono supra suam portionem relictum est.* eadem ratio et in pluribus patronis servabitur. l. 34 D. eod. Vergl. Schmidt, Pflichtth.-R. S. 90 Anm. 156. (Schmidt scheint übersehen zu haben, daß der Grundsatz der l. 19 cit. weiter geht, als der Inhalt von l. 10 und l. 34 citt.)

mit der Querel: darum iſt gewiß deren Analogie bei der Frage nach der Perſon des Verklagten zur Richtſchnur zu nehmen[32]). Anders wäre zu urtheilen geweſen, wenn es ſich um die Grundſätze für die dem Patron nach l. 30 C. cit. zukommende Ergänzungsklage gehandelt hätte[33]).

Die hier ausgeführten Sätze berühren ſich mit einer letzten Frage. Zu unterſuchen iſt noch die Ergänzung des Pflichttheils von Geſchwiſtern. Wie iſt es, wenn einem Bruder der Pflichttheil nur theilweiſe gewährt iſt, das Teſtament aber neben unbeſcholtenen Erben beſcholtene ruft? Der Satz, daß die Ergänzungsklage ſich als perſönlicher Anſpruch gegen die ſämmtlichen Erben nach Verhältniß von deren Erbtheilen wendet, wird hier durchkreuzt durch die andre Regel, daß ein Pflichttheilsanſpruch von Geſchwiſtern nur erhoben werden kann, ſoweit ihnen beſcholtene Perſonen vorgezogen ſind. Soll man nun annehmen, daß Letztere ſolchenfalls nur auf den Theil des am Pflichttheil der Geſchwiſter fehlenden Betrags in Anſpruch zu nehmen ſind, welcher dem Verhältniß ihres Erbtheils zur ganzen Erbſchaft entſpricht? Gewiß nicht: die Ergänzungsklage wendet ſich gegen ſie zum vollen fehlenden Betrage, ſoweit ihr Erbtheil ausreicht[34]). Daß derſelbe Satz für die Querel gilt, verſteht ſich von ſelbſt: bei dieſer aber wird man ohne Bedenken die oben aus l. 19 D. de inoff. 5. 2 nachgewieſene Auffaſſung zur Anwendung gebracht, demnach die beſcholtenen Erben ſo angeſehen haben, als ſeien ſie allein im Beſitz der den Geſchwiſtern gebührenden Erbtheile. Erkennt man dies an, ſo wird man auch den entſprechenden, ſoeben dargelegten Satz bezüglich der Ergänzungsklage auf die Analogie der Querel gründen dürfen. Damit aber wird es gerechtfertigt, daß wir von dem gleichen Gedanken bei

---

[32]) Es wäre jedenfalls ein auffälliges Ergebniß, wenn der Notherbe bei gänzlicher Vorenthaltung des Erbtheils andre Perſonen zu belangen hätte (nach Inhalt der l. 19 D. h. t.), wie bei theilweiſer. — Ein weiteres Argument für die Anſicht des Textes ergibt ſich am Schluß der Num. IV aus der Betrachtung der folgenden Frage.

[33]) Vergl. § 3 J. de success. libert. 3. 7.

[34]) So das Erk. des O.-A.-G. zu Lübeck vom 21. Januar 1854 bei Seuffert 7. 342. (Hier wird der Satz, daß die beſcholtenen Perſonen allein auf den vollen zur Ergänzung des Pflichttheils erforderlichen Betrag in Anſpruch genommen werden können, grade aus den oben im Text beſprochenen Stellen — l. 1 § 3 D. si pars 5. 4. l. 19 D. h. t. 5. 2 — abgeleitet.)

der Entſcheidung der vorigen Frage (Text bei Anm. 32) Gebrauch gemacht haben.

V. Wenn wir ſoeben für einzelne Rechtsſätze gleiches Recht der Querel und der Ergänzungsklage annahmen, ſo muß im Gegenſatz dazu in Uebereinſtimmung mit der heutigen Theorie betont werden, daß eine Anzahl ſingulärer Rechtsſätze im Recht der Querel nicht auf die Ergänzungsklage übertragen werden dürfen. Dies gilt zunächſt von den beſonderen Aufhebungsgründen des Querelrechts. Die Ergänzungsklage erliſcht nicht mit dem Tode des Notherben, es bedarf daher Behufs ihres Uebergangs auf die Erben keiner Präparation[35]). — Ebenſowenig iſt die eigenthümliche fünfjährige Verjährung auf dieſe Klage zu übertragen. Das Gegentheil davon iſt hin und wieder von älteren Schriftſtellern vertheidigt, unter Berufung auf die Schlußworte von l. 34 C. h. t. Indeſſen iſt mit Recht erwidert, daß die in den Schlußworten dieſes Geſetzes erſichtliche Hindeutung auf die Aufhebung durch Verjährung und Verzicht ſich nur auf die Querel beziehen läßt; die voraufgehende Hindeutung auf die Ergänzungsklage hat die Bedeutung einer Parentheſe[36]). — Daß die bei der Querel geltenden Grundſätze über Verzicht durch Anerkennung des letzten Willens nicht auf die Ergänzungsklage übertragen werden dürfen, iſt eine einfache Folge aus dem Weſen der Letzteren. Dem Notherben kann die Annahme der ausgeſetzten unzulänglichen Zuwendung, das vorbehaltloſe Bekenntniß ihres Empfangs nicht nachtheilig ſein[37]), da doch in Folge der l. 30 C. cit. für ihn keine Möglichkeit beſteht, unter Ablehnung der Zuwendung zur Querel zu greifen.

Endlich läßt ſich nicht daran denken, daß der Grundſatz von der Erbunwürdigkeit des Klägers bei fruchtloſer Durchführung der

---

[35]) Vergl. den in Anm. 36 abgedruckten Satz der l. 34 C. h. t. Dazu Mühlenbruch S. 35.

[36]) l. 34 C. cit. verb.: — nisi certa quantitas patri ejus minor parte legitima relicta est: tunc etenim secundum novellam nostri numinis constitutionem repletio quartae partis nepoti superest, si qua patri ejus competebat. — Vergl. Francke S. 336. Mühlenbruch S. 33—35.

[37]) So ausdrücklich ausgeſprochen von Juſtinian l. 35 § 2 C. h. t. — In weiterer Ausführung des Gedankens dieſer Conſtitution erklärt das Erkenntniß des O.-A.-G. zu München vom 5. Januar 1849, daß Erklärung des Anerkenntniſſes des Teſtaments, Verzicht auf ein Rechtsmittel gegen daſſelbe der Ergänzungsklage nicht im Wege ſteht. (Seuffert, Arch. 3. 187).

Querel auf die Ergänzungsklage übertragen werden könnte. Jener Satz iſt ein völlig poſitiver und die Gründe, welche ihn erzeugt haben, wurzeln in Eigenthümlichkeiten der Querel, denen bei der Ergänzungsklage kein analoges Verhältniß begegnet.

VI. Zu berühren iſt mit wenigen Worten der Gegenſtand der Klage. Wie der Pflichttheil überhaupt nach dem Stande des Vermögens im Zeitpunkt des Todes des Erblaſſers ermittelt wird, ſo wird auch in unſerm Falle der Beſtand des Vermögens nach dieſem Zeitpunkt feſtgeſtellt und danach unter Abzug des Werths der bereits gemachten Zuwendung der Gegenſtand der Forderung beſtimmt. Daraus ergibt ſich als Inhalt der Letzteren eine Geldſchuld des verpflichteten Erben. Mit Rückſicht hierauf führt Francke[38]) mit Recht aus, daß als zu gewährende Nutzungen nur Zinſen in Betracht kommen, eine Zinsforderung aber erſt von begründetem Verzuge an möglich iſt. Es iſt daher unverſtändlich, wie Mühlenbruch[39]) annehmen kann, daß dem Notherben vom Tode des Erblaſſers an die Aufkünfte des dem Pflichttheil entſprechenden Vermögenstheils gebühren. Weder die erwähnte Natur des Gegenſtands als einer Geldleiſtung, noch die Natur des Anſpruchs als einer (geſetzlichen) Vermächtnißforderung gewährt einer ſolchen Annahme einen Anhalt.

Wenn man in dieſer Verbindung von den Früchten der auf den Pflichttheil hinterlaſſenen Vermögensſtücke handelt[40]), ſo überſieht man, daß es ſich dabei nicht um einen Gegenſtand der Ergänzungsklage handelt.

Vierter Theil: Verletzung des Pflichttheils durch Rechtsgeſchäfte unter Lebenden.

§ 59.

I. Ueberſicht*).

Die bisher dargeſtellten Grundſätze des Pflichttheilsrechts bezogen ſich durchweg auf die Verpflichtung des Erblaſſers, welcher letztwillig über ſein Vermögen verfügt, ſeine Notherben in beſtimmtem

[38]) A. a. O. S. 337 f.

[39]) Band **36** S. 25 f., verglichen mit Band **35** S. 329.

[40]) So Francke S. 338.

*) Francke S. 498—544. Mühlenbruch **36** S. 38—139. Arndts II S. 643—651. Vangerow II § 462. Windſcheid III § 586. (Weitere Litteratur bei Francke [S. 498], Vangerow und Windſcheid).

Maße zu bedenken. Damit ist jedoch einer lieblosen Verkürzung des Pflichttheilsberechtigten nicht genügend vorgebeugt; denn die Möglichkeit bleibt, daß der gleiche Erfolg durch Freigebigkeiten unter Lebenden herbeigeführt werde. Erst in der letzten Zeit der classischen Jurisprudenz beginnt man auch auf diesem Gebiet der freien Verfügungsbefugniß des Einzelnen Schranken zu setzen[1]), — durch Zulassung eines Anspruchs des Notherben gegen die Empfänger derartiger den Pflichttheil schmälernder Freigebigkeiten. Als Erscheinungsform des Anspruchs stellt sich die Querel wegen pflichtwidriger Schenkungen und Mitgiftsbestellungen dar; außer dieser bespreche ich die Anfechtung lästiger Veräußerungen, soweit in solchen eine Schenkung enthalten ist. Einigermaßen entwickelt erscheint in der Justinianischen Compilation (und den Vaticanischen Fragmenten) nur die querella inofficiosae donationis; daher sind die einzelnen unsrer Lehre angehörigen Rechtssätze bei dieser abzuhandeln. Zu betrachten sind: das Wesen des Anspruchs (§ 60), — die Personen des Berechtigten wie des Verpflichteten (§ 61), — die Voraussetzungen des Anspruchs (§§ 62 und 63), — dessen Gegenstand (§ 64), — eine Reihe eigenthümlicher, aus dem Recht der querella inofficiosi testamenti hieher übertragener Grundsätze, namentlich die besonderen Aufhebungsgründe (§ 65). Nachdem das Recht des gedachten Anspruchs vollständig dargestellt ist, wird § 66 die querella inofficiosae *dotis* und die Verletzung des Pflichttheils durch lästige Veräußerungsgeschäfte behandeln.

Nicht anwendbar erscheint die auf Rechtsgeschäfte unter Lebenden berechnete Querel bei Erbverträgen, Vermächtnissen und Schenkungen auf Todesfall.

Der hier allein in Betracht kommende Erbeinsetzungsvertrag führt zu einer Gesammtnachfolge gleich dem Testament; daher bedarf es einer Beseitigung des im Erbvertrag liegenden Successionsgrundes wie der auf ihm ruhenden Erbfolge. Die auf Einzel-

[1]) Der Zeit der classischen Jurisprudenz gehört nur das folgende von Paulus in l. 87 § 3 D. de legat. II° (31) mitgetheilte Rescript von Alexander an: Imperator Alexander Augustus Claudiano (Claudio? *Momms.*) Juliano praefecto urbi: „Si liquet tibi, Juliane carissime, aviam intervertendae inofficiosi querel„lae patrimonium suum donationibus in nepotem factis exinanisse, ratio de„poscit id, quod donatum est, pro dimidia parte revocari.“ — Die weitere Entwicklung beruht durchweg auf Kaiserconstitutionen, die nächste nach dem Rescript Alexander's ist l. 1 C. J. h. t. von Philippus (245).

erwerbungen berechnete querella inofficiosae donationis würde hier offenbar nicht zweckdienlich sein; vielmehr hat die querella inofficiosi testamenti zur Verwendung zu kommen[2]).

In der Praxis besteht über die bei Erbverträgen zu befolgenden Grundsätze des Notherbenrechts keine vollständige Uebereinstimmung. Man ist darüber einig, daß die Ansprüche des Notherben auf letztwillige Berücksichtigung auch gegenüber dem Erbvertrage ihr Recht behaupten[3]). Dem formellen Anspruche auf Einsetzung (wo nicht gegründete Enterbung ausgesprochen wird) ist man nicht geneigt. Zwar hat das O.-A.-G. zu Celle unter'm 12. April 1820 bezüglich einer Eheberedung, in welcher mit Uebergehung der Ascendenten gegenseitige Beerbung der Eheleute festgesetzt war, allgemein ausgesprochen, es finde Anfechtung wegen Präterition wie bei einem Testament statt[4]): aber dasselbe Gericht erklärt sich dagegen, daß die Bestimmungen des römischen Rechts über die Art, wie Notherben im Testament zu berücksichtigen sind, auf Erbverträge ausgedehnt werden[5]), und dieser Satz wird in einem späteren Erkenntniß des Gerichtshofs speciell bezüglich der Vorschriften der Nov. 115 über die Erbeseinsetzung wie die Enterbung wiederholt[6]). Damit stimmt überein das Erkenntniß des O.-A.-G. zu Darmstadt vom 5. Januar 1842[7]). Weiter beschränken die zuletzt erwähnten Erkenntnisse von Celle und Darmstadt den Notherben auf die Forderung des Pflichttheils, und hierin ist gleicher Ansicht das O.-A.-G. zu Cassel im Erkenntniß vom 17. August 1866[8]). Rücksichtlich der Rechtsmittel zur Verfolgung des Anspruchs scheint man verschiedener Meinung. Das Urtheil von Celle (Anm. 6) erklärt, es finde nur ein Anspruch auf „Auskehrung" des Pflichttheils, nicht eine Klage auf Rescission des Erbvertrags statt: dabei dürfte die Analogie der Ergänzungsklage vorgeschwebt haben. Das O.-A.-G. zu Darmstadt (Anm. 7) ist für analoge An-

[2]) Windscheid III § 586 Anm. 1.

[3]) Vergl. über diesen allgemeinen Satz außer den im Folgenden genannten Bescheiden das Erk. des O.-A.-G. zu Oldenburg s. a. bei Seuffert 1. 90 und das Erkenntniß des O.-Trib. zu Berlin vom 1. April 1848 bei Seuffert 3. 64. (Schon in diesem Erkenntniß wird auf den Schutz des Pflichttheils Nachdruck gelegt).

[4]) Seuffert 1. 89.

[5]) Erk. vom 2. October 1846 unter b. (Seuffert 4. 243).

[6]) Erk. von 1851, Seuffert 5. 36.

[7]) Seuffert 4. 138.

[8]) Seuffert 20. 147.

wendung der Grundsätze über die *donatio inofficiosa*, es rechtfertigt damit die auf einen Theil des Vertrags beschränkte Anfechtung. Das O.-A.-G. zu Cassel (Anm. 8) unterscheidet, ob der Notherbe gänzlich von der Erbschaft ausgeschlossen, oder ob ihm nur zu wenig hinterlassen ist: im ersten Fall soll die Klage unter die Regeln der querella inofficiosi testamenti gezogen werden, im zweiten unter die der Ergänzungsklage.

Auch ein Vermächtniß[9]), dessen Zuwendung mit dem Anspruch des Notherben auf den Pflichttheil in Widerspruch tritt, kann nicht zu einem Rechtsmittel nach Art der Querel wegen pflichtwidriger Schenkung führen. Bis auf Justinian fand der Erbe, der mindestens auf seinen gesetzlichen Erbtheil eingesetzt war, wegen des Pflichttheils Befriedigung vermöge der Falcidischen Quart[10]): war aber der Erbtheil ein zu geringer und fehlte es an sonstigen ergänzenden Zuwendungen, so fand die Querel wegen pflichtwidrigen Testaments statt. Im Justinianischen Recht ist zwar zufolge der Bestimmung der Nov. 18 praef. c. 1. 2 der Pflichttheil größer als die Falcidische Quart; aber hier ist zu Gunsten des Notherben die neue Regel eingetreten, daß jede letztwillige Beschwerung des Pflichttheils ungültig ist[11]), — ein Satz, der speciell gegenüber dem Vermächtniß des Nießbrauchs am ganzen Vermögen in Nov. 18 Kap. 3 Ausdruck gefunden hat.

Endlich bei der Schenkung auf Todesfall ist für das classische Recht (seit Sever) entscheidend, daß sie dem Recht der Falcidischen Quart unterliegt[12]); in der That verweist grade gegenüber der Schmälerung des Pflichttheils durch eine solche Schenkung Alex. l. 5 C. ad l. Falc. 6. 50 auf das Falcidische Gesetz[13]). Wird nun auch auf diesem Wege der Pflichttheil seit seiner Steigerung durch

[9]) Vergl. hierüber wie über die Schenkung auf Todesfall Francke S. 535 f. Mühlenbruch S. 137—139, auch Glück VII S. 153—156.

[10]) Ulp. l. 8 § 9 D. de inoff. 5. 2: — nam si, cum quis ex asse heres institutus est, ideo non potest dicere inofficiosum, quia habet Falcidiam —. (Dazu *Cujac.* rec. ad Dig. V. 2 h. l. — VII. 182 ff.).

[11]) Justinian. l. 32 C. de inoff. test. 3. 28.

[12]) l. 2 C. de mort. c. don. 8. 57. Vergl. auch l. 42 § 1 D. eod. 39. 6. (Wegen des „jus antiquum" der Stelle Schmidt, Pflichtth.-R. S. 138 Anm. 33 a. E.).

[13]) l. 5 C. cit. Si mortis causa *immodicas donationes* in sororem tuam matrem contulisse probare potes, legis Falcidiae ratione secundum constitutionem divi Severi avi mei uti potes.

die Nov. 18 nicht mehr ausreichend gesichert, so bietet sich doch die weitere Handhabe, daß die Schenkung auf den Todesfall in allen Anwendungen, bei denen es sich um das Verhältniß des Beschenkten zu Notherben handelt, wie ein Vermächtniß behandelt wird [14]). Man wird also auch die Schenkung unter den Begriff der unzulässigen Belastung des Pflichttheils ziehen und darum ohne Weiteres als unwirksam behandeln dürfen.

Der zuletzt berührte Gesichtspunkt ist dann aber nach heutigem Recht bei Vermächtnissen wie bei Schenkungen auf den Todesfall durchweg maßgebend, seit durch das Canonische Recht (c. 16. 18 X. de testam. 3. 26) der Grundsatz zur Geltung gebracht ist, daß dem Pflichttheilsberechtigten der Pflichttheil und neben diesem von dem übrigen Vermögen die volle Falcidische (wie Trebellianische) Quart gebührt [15]).

---

[14]) Vergl. Windscheid III § 676 Anm. 5. Die aus den dortigen Allegaten aus den Quellen ersichtlichen Anwendungen sind diese: a. die Schenkung auf den Todesfall unterliegt der actio Fabiana und Calvisiana, ohne daß Arglist des Veräußerers erfordert wird. Dabei wird darauf verwiesen, daß auch die Vermächtnisse ohne eine solche Voraussetzung hinfällig werden (l. 1 § 1 D. si quid in fraud. 38. 5). b. Der Mitpatron, der die bon. poss. contra tab. nicht gesucht hat, unterliegt wegen einer solchen Schenkung, soweit sie in den Grenzen des Pflichttheils bleibt, den genannten Klagen so wenig wie wegen der ihm ausgesetzten Vermächtnisse (l. 1 § 5 D. eod.). c. Das Erbitten der bon. poss. contra tab. entzieht dem Notherben die Schenkung auf den Todesfall gleich dem Vermächtniß (l. 18 § 1 D. de B. P. co. tab. 37. 4.). d. Zu Gunsten der personae exceptae werden bei der bon. poss. contra tabulas gleich den Vermächtnissen die Schenkungen auf den Todesfall aufrecht erhalten (l. 5 § 7 D. de legat. praest. 37. 6).

[15]) Vergl. die Litteratur bei Windscheid III § 652 Anm. 5. Der Satz, daß neben dem Pflichttheil die Quart allen Notherben, und daß sie ihnen nicht allein gegenüber dem Erbschaftsvermächtniß gebührt, scheint in der Praxis zur Herrschaft gelangt zu sein. Dafür a. Erk. des O.-A.-G. zu Cassel s. a. bei Seuffert 5. 41. b. Erk. des O.-A.-G. zu Celle vom 2. Dec. 1858, Seuffert 13. 106. Das Erkenntniß desselben Gerichtshofs vom 30. März 1853, Seuffert 7. 207, betrifft ein einem Descendenten auferlegtes Erbschaftsvermächtniß, behauptet aber nicht, daß der Rechtssatz auf diesen Fall zu beschränken sei. c. Das bezüglich des letzten Erk. von Celle (v. 1853) Gesagte gilt auch von den Urtheilen des Cassationshofs zu Berlin vom 17. Nov. 1832, Seuffert 2. 209 (hier fideic. ejus quod supererit), — des O.-A.-G. zu Dresden vom 6. Aug. 1836 und 18. Sept. 1849, sowie vom 16. Januar 1844, Seuffert 3. 353. 4. 67. (Hier durchweg Erbschaftsvermächtnisse).

II. Die querella inofficiosae donationis.

§ 60.

A. Weſen derſelben.

Zur Anfechtung pflichtwidriger Schenkungen[1]) ſteht dem verletzten Notherben ein perſönlicher Anſpruch gegen den Beſchenkten zu, gerichtet auf Herausgabe des geſchenkten Gegenſtands in dem Umfange, in welchem ſolcher zur Erfüllung des Pflichttheils des Notherben — was freilich ſtreitig und ſpäter zu erörtern iſt — zu dienen hat. Jener Anſpruch bildet demnach den Inhalt einer Obligation des Beſchenkten gegen den Pflichttheilsberechtigten, und dieſe entſpringt nach Rechtsſatz aus der Thatſache, daß der Erblaſſer mehr von ſeinem Vermögen ſchenkungsweiſe auf den jetzigen Schuldner übertragen hat, als er ohne Beeinträchtigung des Pflichttheils des Notherben ſchenken durfte.

Die Auffaſſung der vorliegenden Klage als eines Forderungsrechts iſt die herrſchende: ſie hat indeſſen bis in unſre Zeit hinein Widerſpruch gefunden, indem manche Juriſten von einer qualificirten Erbſchaftsklage geſprochen wiſſen wollten[2]). Es iſt hier nicht der Ort zu prüfen, ob eine ſolche Beſtimmung des Weſens der Querel aus dem Gebiet der Obligation hinausführen würde[3]); jedenfalls iſt die querella inofficiosae donationis von der Erbſchaftsklage ſehr verſchieden. Was der Schuldner beim vorliegenden Anſpruch erworben hat, iſt nicht Erbſchaft, ſondern eine größere oder geringere Summe von Vermögensrechten, die ihm vom jetzigen Erblaſſer durch Rechtsgeſchäft unter Lebenden abgetreten ſind. Der Schuldner behauptet demnach auch nicht, aus dieſem ſeine Ver-

[1]) Der Ausdruck „immodicarum donationum querella“ kommt nur einmal vor, in l. 9 C. de inoff. donat. 3. 29 (= l. un. C. Th. eod. 2. 20). In der Regel wird der Anſpruch durch umſchreibende Wendungen bezeichnet. Selbſt von einer inofficiosa donatio iſt außer den Rubriken von Cod. Theod. 2. 20 C. J. 3. 29 nur in l. 35 § 4 C. de donat. 8. 54 die Rede. Vergl. Mühlenbruch S. 41 Anm. 87.

[2]) S. u. A. Glück VII S. 174 ff., wo weitere Vertreter dieſer Anſicht. Brinz, Abth. II S. 852 nimmt an, die Klage wechsle je nach der Art und dem Gegenſtande der Schenkung von der dinglichen zur Forderungsklage. Auch das iſt nicht zuzugeben.

[3]) In meiner Schrift über das Commodum bei der Erbſchaftsklage habe ich S. 2 die Anſicht ausgeſprochen, daß die hereditatis petitio eine Obligation iſt: daran halte ich auch jetzt feſt.

pflichtung erzeugenden Grunde Erbe des Schenkers geworden zu ſein, er beſitzt nicht pro herede: eben ſo ſicher ſchließt aber die gültige Schenkung den Beſitz pro possessore aus: Was ſodann den Notherben betrifft, ſo hat man ſogar mit ſcheinbarem Grunde behauptet, daß zur Querel weder deſſen Erbeſein noch das Erbewerden erfordert werde. Ich halte nun zwar dieſe Anſicht, wie weiter unten auszuführen iſt, nur zum Theil für zutreffend; aber jedenfalls iſt wahr, daß der Notherbe den Gegenſtand der Forderung nicht auf Grund ſeiner Erbeseigenſchaft, ſondern um deswillen in Anſpruch nimmt, weil er durch die Schenkung in dem ihm aus dem Nachlaß gebührenden Pflichttheil verkürzt iſt. Die Erbeseigenſchaft iſt, ſoweit ich ſie für erforderlich halte, nur condicio sine qua non für die Forderung.

Die praktiſche Bedeutung der erörterten Frage beſteht darin, daß der Querelkläger nach der von uns verworfenen Anſicht die Klage auch gegen dritte Beſitzer des verſchenkten Gegenſtands ſoll erheben können. Das iſt beſtimmt zu beſtreiten. Soweit ſich die Quellen über die Richtung des Anſpruchs äußern, ſprechen ſie von einer Rückforderung oder Minderung des Geſchenkten, einmal von einer Reſciſſion der Schenkung: dabei iſt unverkennbar überall der Beſchenkte als Gegner gedacht[4]). Zudem würde die Meinung, welche den Anſpruch auch gegen dritte Beſitzer gerichtet denkt, für eine ſolche Ausdehnung Beweiſe beibringen müſſen. Denn ſicher iſt es die ſeltene Ausnahme, daß ein Erwerb, den eine Perſon mittelſt Rechtsgeſchäfts gemacht hat und zu deſſen Abholung das Recht eine Forderung entſtehen läßt, weil an dem Geſchäft der Vorwurf der

[4]) l. 87 § 3 D. de legat. II° (31) — ratio deposcit id, quod donatum est, pro dimidia parte revocari. Vat. fragm. 270: Si donationibus — patrimonium exhaustum in fraudem ceterorum filiorum probetur, has rescindi ad instar inofficiosi testamenti sacris constitutionibus — continetur —. Vat. fragm. 280. In dubium non venit, adversus enormes donationes jamdudum divorum principum statutis esse provisum. Ferner: — praeses provinciae, quod immoderate gestum est, revocabit — (in der entſprechenden l. 7 C. J. h. t. 3. 29: — quod immoderate gestum est revocabitur). l. 8 C. eod.: — quod donatum est pro ratione quartae ad instar inofficiosi testamenti convicti deminuetur. (l. 2 C. Th. de inoff. dot. 2. 21. Dote ab uxore marito data filios —, si neque ultra dodrantem — constituatur, de hac repetenda nullam constat habere actionem. l. un. C. J. eod. 3. 30: — concordare legibus promptum est, ut ad exemplum inofficiosi testamenti adversus dotem immodicam exercendae actionis copia tribuatur —).

Beeinträchtigung wohlbegründeter Anſprüche beſtimmter Perſonen haftet, auch in den Händen des Dritten, an welchen das erworbene Vermögensſtück weiter veräußert iſt, Gegenſtand der Forderung bleibt: die Regel iſt, daß Forderungen der gedachten Art ſich nur gegen den Erwerber und deſſen Geſammtnachfolger richten. — Die gegentheilige Meinung ſtützt ſich darauf, daß die Anfechtung der Schenkung nach zahlreichen Aeußerungen der Quellen auf die Analogie der querella inofficiosi testamenti gegründet wird[5]). Allein letztere Klage iſt, wie wir in § 47 gezeigt haben, keine Erbſchaftsklage; ſie richtet ſich der Regel nach nur gegen den Teſtamentserben, am wenigſten aber iſt von ihr zu ſagen, daß ſie gegen den Erbſchaftsbeſitzer als ſolchen zu erheben wäre. (Vergl. § 46. unter IV).

Schon oben iſt die Frage berührt, ob zur Begründung der Klage erforderlich iſt, daß der Kläger Erbe des Schenkers ſei. Mit Beſtimmtheit bejahen dies Francke und Mühlenbruch[6]), Arndts hat widerſprochen[7]). Die zweite Anſicht ſcheint ſich durch eine Reihe von Erwägungen zu empfehlen. Jedenfalls beſitzt doch der Beſchenkte die in Anſpruch zu nehmenden Gegenſtände nur als Sondernachfolger des Schenkers; ſo wird an ihnen auch in der Perſon des Notherben nur Sondernachfolge ſtattfinden können. Zudem führt die Pflichttheilsberechtigung auch ſonſt nicht nothwendig zur Beerbung; ſelbſt durch Rechtsgeſchäft unter Lebenden (z. B. Zuwendung einer Dos, einer Schenkung mit vorgeſchriebener Anrechnung) kann ihr genügt werden: warum ſoll nun in unſerm Falle Erbſchaftserwerb des Notherben erforderlich ſein? Arndts macht noch darauf aufmerkſam, daß das Erforderniß eines ſolchen Erwerbs für den Notherben gradezu nachtheilig ſein könnte: ſo da, wo die Erbſchaft inſolvent iſt, während die Schenkung ſich nicht als abſichtlich zur Verkürzung der Gläubiger vorgenommen anfechten läßt.

Dennoch iſt der zweiten Anſicht nur theilweiſe Recht zu geben; ich unterſcheide ſo: Wo der Notherbe Erbe werden müßte, wenn es gälte, den vollen Pflichttheil aus der Erbſchaft zu erlangen, kann er auch zur Klage gegen den Beſchenkten ohne Erbſchaftserwerb nicht greifen. Das trifft zu, wenn er zum Erben eingeſetzt oder ohne

[5]) Vergl. z. B. l. 1. 2. 4. 6. l. 8 pr. l. 9 C. de inoff. donat. 3. 29. l. un. C. de inoff. dot. 3. 30.

[6]) Vergl. Francke S. 501. 517. Mühlenbruch S. 71.

[7]) Civ. Abh. II S. 644 bei Anm. 383—386.

alle Zuwendung von der Erbschaft *ausgeschlossen* ist. Schlägt er im ersten Fall die Erbschaft aus, oder unterläßt er es im zweiten Fall, die Ausschließung anzufechten (durch die querella inofficiosi testamenti — nach Nov. 115 durch Umstoßen der Erbeseinsetzung), so kann er nicht behaupten, daß er durch *die Schenkung* im Pflichttheil verkürzt sei. Der Beschenkte hält ihm entgegen, der veräußerte Gegenstand würde ihm auch dann entgangen sein, wenn derselbe in der Erbschaft geblieben wäre. Anders ist es, wo sich dem Notherben gar nicht die Möglichkeit bietet, Erbe zu werden, also wo ihm anders als durch Erbeseinsetzung eine Zuwendung auf den Pflichttheil gemacht ist. Hier würde ihm gegenüber den Erben des Schenkers nur der Weg der Ergänzungsklage offen stehen: ist er also wegen der Erfüllung des Pflichttheils auf die an den Beschenkten gekommenen Vermögensstücke angewiesen, so muß er auch ohne Weiteres — trotz der ihm mangelnden Erbeseigenschaft — die querella inofficiosae donationis einleiten können.

Die hier vorgetragenen Sätze finden ihre Bestätigung im Recht der actio Fabiana und actio Calvisiana. Wenn wir weiter oben ausführten, daß der Notherbe die Querel gegen den Beschenkten *nicht auf Grund seiner Erbeseigenschaft* erhebt, so begegnet dem bei jenen Klagen der Ausspruch der Quellen, daß dieselben nicht Erbschaftsklagen sind, sondern *persönliche Ansprüche des Patrons*[8]). Trotzdem fordert das Pandektenrecht zur Begründung der Fabiana die Agnition der bon. poss. contra tabulas, — zur Begründung der Calvisiana wenn auch nicht den Erwerb der bon. poss. intestati, so doch jedenfalls den Erbschaftsantritt[9]). — Auf der Hand liegt, daß diese Sätze eine Einschränkung im Sinn der obigen Darstellung des Rechts der querella inofficiosae donationis erleiden mußten, als Justinian auch für das patronatische Pflichttheilsrecht die Ergänzungsklage einführte[10]).

Die oben vertheidigte herrschende Auffassung, welche die que-

[8]) Ulp. l. 1 § 26 D. si quid in fraud. 38. 5 Haec actio (sc. Fabiana) — non est hereditaria, id est ex bonis liberti, *sed propria patroni*. Ulp. l. 16 § 6 D. de H. P. 5. 3. Idem (sc. Julianus) scribit patronum hereditatem petere non posse ab eo, cui libertus in fraudem alienavit, quia Calvisiana actione ei tenetur: patroni enim iste debitor est, non hereditarius. —

[9]) Ulp. l. 3 pr. § 2. 3 D. si quid in fraud. 38. 5. Vergl. Schmidt, Pflichtth.-R. S. 112. 113.

[10]) § 3 J. de success. libert. 3. 7. l. 30 pr. C. de inoff. test. 3. 28.

rella inofficiosae donationis als Forderungsrecht behandelt, gibt dieser Bestimmung einen Zusatz, den wir jedenfalls nicht ohne Einschränkung gelten lassen können. Man bezeichnet die Querel regelmäßig als eine durch die Verletzung des Pflichttheils begründete rescissorische Klage, als einen Anspruch, welcher die Rescission der Schenkung bezweckt[11]). Dies kann nur insoweit richtig sein, als ein Interesse des Notherben an der Rescission des doch zwischen dritten Personen geschlossenen Veräußerungsgeschäfts besteht. An einem solchen Interesse aber fehlt es in allen Fällen, wo der Notherbe nicht Erbe des Schenkers ist, oder wo der Beschenkte die Erben des Schenkers nicht wegen Entwehrung des geschenkten Gegenstandes in Anspruch nehmen kann. Hier kann überall nicht auf Rescission der Schenkung, es kann nur auf Herausgabe des betreffenden Vermögensstücks angetragen werden. In andern Fällen wird diese Rescission mindestens nicht in dem Umfange im Interesse des Notherben liegen, in welchem dieser den geschenkten Gegenstand abfordert. Dies gilt von den meisten Fällen, wo der Notherbe als Theilerbe dem Beschenkten evictionspflichtig wird. Denn der Umfang seines Anspruchs auf Rückgabe des geschenkten Gegenstandes richtet sich nicht nach seinem Erbtheile.

Bisher ist davon gesprochen, daß der Anspruch auf die antheilige Herausgabe des geschenkten Gegenstands gehe. Nach Francke soll indessen nicht verlangt werden können, daß dieser Gegenstand, der doch mittelst an sich gültigen Rechtsgeschäfts in das Vermögen des Beschenkten gekommen ist, in seiner individuellen Gestalt herausgegeben werde. Ich selbst bin der Ansicht, daß der Beschenkte dazu nicht wohl anzuhalten ist, aber eine Entscheidung der Quellen fehlt bei dieser Frage[12]). — Die der querella inofficiosae

[11]) So Francke S. 529. Mühlenbruch S. 72. 73. Arndts S. 644. Bangerow § 482 unter II. Windscheid III § 586 bei Anm. 13 („Aufhebung der Schenkung"). Bei Brinz, Abth. II § 203 (S. 852) findet sich daneben die weitere Annahme, daß die Klage eine ficticische gewesen sei: das Geschenkte sei mit ihr zurückverlangt, als ob es nicht geschenkt wäre. Dieser Auffassung scheint mir der Umstand entgegenzustehen, daß die Klage erst gegen Ausgang der classischen Zeit entstanden ist.

[12]) Francke beruft sich zunächst (S. 533) auf die von der Fabianischen Klage handelnde l. 1 § 12. 13 D. si quid in fraud. 38. 5; aber hier ist nur von lästigen Veräußerungen die Rede, bei denen der Erwerber durch unverhältnißmäßig geringe Abmessung seiner Leistung gewonnen hat. Bei solchen Geschäften soll dem Erwerber

donationis entsprechende Obligation kann sowohl die testamentarische wie die gesetzliche Erbfolge begleiten. Die ersten Fälle ihrer Anwendung scheinen geschichtlich solche gewesen zu sein, wo der Erblasser kraft Testaments beerbt wurde[13]).

Weiter wird das Wesen des Anspruchs durch dasjenige bestimmt, was unten in den §§ 62—64 in Ansehung seiner Voraussetzungen sowie seines Gegenstands zu sagen ist. Ganz besonders aber tritt die Verwandtschaft der Klage mit der *querella inofficiosi testamenti* in den dem § 65 überwiesenen Rechtsgrundsätzen hervor: dem Wegfall des Anspruchs wegen verdienter Ausschließung vom Pflichttheil, — seiner nachträglichen Aufhebung durch Verzicht, Verjährung oder Tod des Berechtigten, — endlich der Subsidiarität der Querel.

§ 61.

B. Berechtigte und verpflichtete Personen.

I. Berechtigte Personen. Der Anspruch auf antheilige Herausgabe des Gegenstands der Schenkung steht dem Pflichttheilsberechtigten zu, welcher durch die pflichtwidrige Schenkung im Pflichttheil verletzt ist. Im Allgemeinen wird man hiernach als berechtigt dieselben Personen betrachten dürfen, welche vorkommenden Falls die querella inofficiosi testamenti erheben können. Beweis dafür ist schon die Bezeichnung jenes Anspruchs als einer Nachbildung der Klage[1]), mehr noch der Zweck des auf die Schenkungen bezüglichen Anspruchs. Dieser will unverkennbar eine Ergänzung der das Testament anfechtenden Querel sein: Letztere konnte vom künftigen Erblasser umgangen oder doch ihres Erfolgs beraubt werden, indem derselbe bei Lebzeiten den besten Theil des Vermögens durch Freigebigkeiten an Dritte brachte: eben darum entschloß man sich, die

die Wahl gestellt werden, ob er sie unter verhältnißmäßiger Erhöhung der Leistung bestehen lassen oder rückgängig gemacht wissen will. Daraus folgt Nichts für die Behandlung der Schenkungen. Eben so wenig ist etwas aus Nov. 92 zu entnehmen; die Ausdrücke der Novelle sind so allgemein, daß bei der Abfassung des Gesetzes nicht wohl an die uns beschäftigende Frage gedacht sein kann. In Betracht kommt folgender Satz: — sed neque cogendis quidem (si filiis, qui donationibus honorati sunt), si contenti sunt donationibus, suscipere hereditatem, necessitatem autem habentibus omnibus modis complere fratribus, quod hinc differt, secundum quam scripsimus mensuram, ut non minus habeant illi, quod ex legibus eis debetur, propter factam in donationibus immensitatem.

[13]) l. 3 C. h. t.

[1]) Vergl. die Stellen im § 60 Anm. 5.

Notherben auch gegen solche Veräußerungen zu schützen[2]). — Die Quellen erwähnen als zur Klage berechtigt vorzugsweise die Descendenten des Erblassers, vereinzelt die Ascendenten[3]): gleich der Testamentsquerel aber muß dieselbe auch den Geschwistern zugestanden werden, sobald die Schenkung einer bescholtenen Person zugewendet ist. Zwar hat man das bestritten mit Rücksicht darauf, daß Geschwister nur ein bedingtes Notherbenrecht haben[4]): indessen hat das kein Gewicht gegenüber den vorhin angegebenen Beweisgründen.

Weiter ist streitig, ob auch Notherben, welche erst nach vollzogener Schenkung geboren werden, zur Querel gelangen[5]). Auf diese bezieht sich die l. 5 C. de inoff. donat. 3. 29. Einem Vater, der sein ganzes Vermögen schenkungsweise auf seine emancipirten Kinder übertragen hat, wird rescribirt, daß vom Gegenstand der Schenkungen soviel, als zur Ausschließung der Querel des pflichtwidrigen Testaments erforderlich sei, zu seinem Vermögen zurückkommen werde,

ut filii vel nepotes, qui *postea* ex quocunque legitimo matrimonio *nati sunt*, debitum bonorum subsidium consequantur.

Die Worte werden in verschiedenem Sinne genommen. Schon von den Basilikenscholiasten (41. 4. 5) besitzen wir zwei Scholien, die in dem Rescript ein Rückforderungsrecht des Schenkers bezeugt finden. Dieselbe Ansicht ist von der Glosse her zu den verschiedensten

---

[2]) Dieses Verhältniß der beiden Ansprüche zu einander spricht sich deutlich aus im Rescript Alexander's (l. 87 § 3 D. de legat. II°): — Si liquet tibi —, aviam *intervertendae inofficiosi querellae* patrimonium suum donationibus in nepotem factis exinanisse —. Aehnlich Vat. fragm. 270. 271. l. 1. l. 8 C. de inoff. donat. 3. 29. Daß hiernach der erste Anstoß zu dieser Querel durch Schenkungen gegeben ist, welche in fraudem der Querel aus pflichtwidrigem Testament ausgeführt waren, wird mit Recht von Francke S. 501 hervorgehoben. Die Frage, ob dieses Merkmal in der Folge aufgegeben ist, findet ihre Beantwortung bei der im § 62 unter II A. anzustellenden Untersuchung über die Voraussetzungen in Ansehung der Willensbestimmung des Schenkers.

[3]) l. 4 C. h. t. (aus Vat. fragm. 282; doch fehlt in letzterer Stelle grade der für die Möglichkeit der Querel sprechende Schlußsatz der l. 4 C. cit.).

[4]) So Puchta § 491 Anm. c. Arndts II S. 644.

[5]) Für die Bejahung die meisten Rechtslehrer. Vergl. Francke S. 506 f. S. 519. Windscheid III § 586 Anm. 3, auch Unger § 86 Anm. 3. Arndts II S. 644 Anm. 377. — Die verneinende Ansicht bei Mühlenbruch S. 69 f. Bangerow II § 482 unter I. 4 a. E.

Zeiten von einzelnen Rechtslehrern vertheidigt[6]), ſie findet ſich insbeſondere bei Cujaz[7]). Die bis vor Kurzem herrſchende Meinung dagegen hat in der Stelle ein Zeugniß für das Querelrecht der nachgebornen Kinder finden wollen[8]). Ich halte die erſte Auffaſſung für die richtige[9]): die Kaiſer konnten nicht dem Schenker ſelbſt in der abſoluten Faſſung, wie ſie vorliegt, den Beſcheid ertheilen, daß auf Höhe des Pflichttheils der ſpäter gebornen Kinder der Gegenſtand der Schenkung in ſein Vermögen („ad patrimonium tuum") zurückkehren werde, wenn ſie an einen Anſpruch eben dieſer Kinder dachten, der doch erſt nach dem Tode des Anfragenden und nur für dieſe Kinder wirkſam werden konnte. Selbſtverſtändlich iſt die Klage des Schenkers nicht unſre Querel, ſondern eine condictio ex lege; auf ſie iſt noch am Schluſſe des Paragraphen zurückzukommen. — Legt man der l. 5 C. cit. den angegebenen Sinn bei, ſo ſcheint es an einem Ausſpruch der Compilation über unſre Frage nach einer den nachgebornen Kindern ſelbſt zu gewährenden Klage zu fehlen. Aber iſt es nicht eine entſchiedene Anforderung des billigen Rechts, daß dieſe die Klage erhalten? Wenn die Klage, wie l. 5 C. cit. deutlich zeigt, dem Vater um der Kinder willen gewährt wird, darf man es dann von deſſen Willkür abhängig machen, ob den Kindern die ihnen zugedachte Verſorgung zu Theil werden ſoll[10])?

Ich ſuche hier zunächſt zu zeigen, daß eben in Folge der Zulaſſung des Vaters zur Rückforderung in einzelnen Fällen eine Querel der nachgebornen Kinder nothwendig ausgeſchloſſen bleibt, daß ſie aber in andern Fällen mindeſtens entbehrlich iſt, da jenen Kindern nach dem Tode des Vaters ein Recht auf die Ueberlaſſung von deſſen Condiction zukommt. Demnächſt will ich ausführen, daß in den Fällen der zweiten Claſſe unter einer beſonderen Voraus-

---

[6]) Vergl. die litterariſchen Notizen bei Mühlenbruch **36** S. 56, wodurch die Angaben von Glück VII S. 167 ergänzt werden.

[7]) Expos. novellar. nov. 92 — II. 1128. (Cujaz ſpricht indeſſen zugleich von einem Rückforderungsrecht der Kinder, mit Verweiſung auf die Stelle).

[8]) Nachweiſungen bei Mühlenbruch S. 57 Anm. 22. Windſcheid III § 586 Anm. 15.

[9]) Die Zahl der Vertreter dieſer Auslegung mehrt ſich in unſrer Zeit. Vergl. Francke S. 517—519. Mühlenbruch S. 56—61. Brinz II S. 854. Vangerow und Windſcheid a. d. a. OO.

[10]) So Windſcheid a. a. O. Anm. 3. Vergl. auch Francke S. 519.

setzung doch ein unmittelbar in der Person der Kinder entstehendes Querelrecht anzunehmen ist.

Zunächst von den Fällen, in denen an eine Querel der Kinder nicht zu denken ist. Der Anspruch des Schenkers *besteht* ohne Zweifel in dem Augenblick, wo der neue Notherbe geboren wird; der Schenker muß also auch von dieser Zeit an die Zurückgabe vom Beschenkten fordern können. Sobald aber Letzterer seine Verbindlichkeit *erfüllt*, wird unter allen Umständen die Entstehung eines neuen Rechts, bei welchem der Nachgeborne selbst Gläubiger wäre, unmöglich, mag der Schenker den erlangten Werth behalten oder auf irgend eine Weise wieder verlieren. Denn der Beschenkte hat das, was ihm abzufordern war, gültig an den Schenker geleistet. — Nicht viel anders steht es, wenn der Schenker seinen Anspruch einem Dritten abtritt. Denn der Beschenkte kann nicht zweimal wegen des nämlichen Werths in Anspruch genommen werden. Auch der Cessionar aber ist jedenfalls dann nicht anzugreifen, wenn er die Forderung mittelst entgeltlichen Rechtsgeschäfts erworben hat. Ist sie ihm dagegen geschenkt, so kann nur gefragt werden, ob *in seiner Person* die Bedingungen für eine neue, dem Notherben zu verleihende querella inofficiosae donationis vorliegen.

Dies sind die Fälle, in welchen die beiden in Frage stehenden Ansprüche mit einander unverträglich sind; jetzt von den andern, wo eine dem nachgebornen Notherben unmittelbar zu gewährende Forderung wenigstens entbehrlich scheint. Hat der Schenker über seinen Anspruch auf Rückgabe überall nicht verfügt, so bildet derselbe einen Theil seines Nachlasses. Und da der Anspruch *lediglich um des nachgebornen Notherben willen da ist*, so kann dieser von den Erben (oder Miterben) fordern, daß er ihm überwiesen werde[11]): mit Hülfe desselben erlangt er dann seinen Pflichttheil. — Hat endlich

[11]) Dafür kann man sich auf die Analogie der Dos berufen, die dem Erblasser als Gewalthaber für seinen Haussohn gegeben ist. Ulp. l. 20 § 2 D. fam. erc. 10. 2: Hoc amplius filius familias heres institutus dotem uxoris suae praecipiet, non immerito, *quia ipse onera matrimonii sustinet.* — Paul. l. 46 D. eod.: — mortuo patre quaedam filios sequuntur etiam antequam fiant heredes, ut matrimonium, ut liberi, ut tutela. *igitur et dotem praecipere debet, qui onus matrimonii post mortem patris sustinet.* — Weitere Stellen bei *Windscheid* II § 493 Anm. 1. — Richtete sich die Forderung des Erblassers gegen einzelne der jetzigen Erben, so kann der Notherbe nicht allein Wiederherstellung des confundirten Anspruchs, sondern auch, da dieser fällig, ohne Weiteres Erfüllung fordern.

der Erblaſſer dem Beſchenkten die (mit dem Erſcheinen des Nachgebornen entſtandene) Forderung ohne Entgelt erlaſſen, ſo wird dies bei der vorausgeſetzten Vermögenslage eine (neue) Querel des Notherben erzeugen.

Dennoch wird man bei dieſer zweiten Claſſe von Fällen, bei denen wir die Querel aus der urſprünglichen Schenkung als für den Notherben entbehrlich bezeichneten, keinen Anſtand genommen haben, eine ſolche Klage zuzulaſſen. Soweit ein Anſpruch gegen die Erben des Schenkers auf Abtretung von deſſen Forderung beſtand, wurden durch Zulaſſung der unmittelbar gegen den Beſchenkten gerichteten Klage Weiterungen abgeſchnitten. In dem zuletzt erwähnten Falle aber, wo der Schenker dem Beſchenkten ſeine Forderung unentgeltlich erlaſſen hatte, fiel doch immer das Hauptgewicht auf die im Zeitpunkt der erſten Schenkung ausgeführte Vermögensminderung; es mußte daher als ein Gebot des billigen Rechts erſcheinen, daß dem Nachgebornen die Wahl gelaſſen wurde, ob er ſeinem Anſpruche gegen den Beſchenkten die alte oder die mit dem Erlaßvertrag ausgeführte neue Schenkung zu Grunde legen wollte. — Nur das Erforderniß wird für eine ſolche Querel des Nachgebornen aus der urſprünglichen Schenkung aufgeſtellt werden müſſen, daß der Schenker bei Vornahme des Rechtsgeſchäfts beſondere Veranlaſſung hatte, ſich die Möglichkeit des künftigen Erſcheinens des Notherben zu vergegenwärtigen. Ich begründe dieſe Anforderung durch Verweiſung auf die im § 62 unter II A. auszuführende Anſicht, daß die querella inofficiosae donationis allgemein den Willen des Schenkers verlangt, ſeinen Notherben durch die Schenkung im Pflichttheil zu verkürzen. Dieſem Erforderniß aber wird in unſerm Fall genügt, wenn der Schenker zur Zeit des Rechtsgeſchäfts verheirathet war und von der Ehe Notherben erwarten konnte, — oder wenn er bei Eingehung einer Ehe ſchenkte. Wer unter ſolchen Verhältniſſen ſein gegenwärtiges Vermögen ganz oder größtentheils verſchenkt, weiß, daß er den künftigen Notherben leicht im Pflichttheil verkürzt, — er will alſo dieſen Erfolg herbeiführen.

Ein Beweis dafür, daß unter den dargelegten Umſtänden auf Grund des urſprünglichen Rechtsgeſchäfts eine Klage des Nachgebornen wegen pflichtwidriger Schenkung zuläſſig ſein muß, liegt in l. un. C. de inoff. dot. 3. 30: ich zeige dies in der Lehre von der querella inofficiosae dotis (§ 66 unter I).

Entgegen der Annahme einer ſolchen dem nachgebornen Notherben zu ertheilenden Querel macht man geltend (ſo Mühlenbruch und Vangerow in Anm. 5 citt.), daß die Schenkung, wenn ſie der Anfechtung unterliegen ſoll, zur Zeit ihrer Vornahme die Pflichttheilsberechtigung eines Notherben verletzen muß. Dafür ſcheint zu ſprechen, daß dieſer Zeitpunkt des Rechtsgeſchäfts bei der Vergleichung des verſchenkten Werths mit dem zurückbleibenden Vermögen, Behufs der Ermittlung der Pflichttheilsverletzung, feſtgehalten wird. Dennoch kann dieſes Argument nicht ſchwer wiegen, wenn man erwägt, daß dem Schenker ſelbſt mit Rückſicht auf die nachgebornen Notherben eine Klage mit dem gleichen Gegenſtande ertheilt wird.

Davon, daß die arme Wittwe in ihrem Pflichttheil gegenüber den Veräußerungen unter Lebenden durch die querella inofficiosae donationis geſchützt wird, während der arrogirte Unmündige auf die quasi Fabiana oder Calvisiana actio verwieſen iſt, ſpreche ich in den §§ 67 und 68.

II. Verpflichtete Perſonen. Von dieſen war ſchon im § 60 zu handeln: dort iſt ausgeführt, daß der vorliegende Anſpruch lediglich ein Forderungsrecht des Notherben gegen den Beſchenkten und deſſen Geſammtnachfolger iſt, daß gegen dritte Beſitzer der geſchenkten Sache nicht geklagt werden kann.

Mit wenigen Worten iſt noch auf den oben (S. 510) aus l. 5 C. de inoff. donat. 3. 29 abgeleiteten Anſpruch des Schenkers auf Rückgabe des Geſchenkten, ſoweit Solches zur Erfüllung des Pflichttheils nachgeborner Notherben erforderlich iſt, einzugehen. Daß der Anſpruch von der querella inofficiosae donationis verſchieden, nur inſofern mit ihr verwandt iſt, als auch er der Verkürzung eines Notherben im Pflichttheil durch das Mittel von Schenkungen des demnächſtigen Erblaſſers vorzubeugen bezweckt, ergibt ſich aus der obigen Darſtellung. Für ſeine Begründung iſt weſentlich, daß ein Notherbe des Schenkers erſt nach vollzogener Schenkung geboren iſt, und daß die Schenkung mit Rückſicht auf ihr Verhältniß zum ſonſtigen Vermögen des Beſchenkten den Pflichttheil des Notherben verkürzt. Unweſentlich iſt dagegen, bei dem in l. 5 cit. vorliegenden Thatbeſtande, daß die Schenkung das ganze Vermögen des Gebers umfaßte.

Man hat den Grundſatz der l. 5 C. cit. mit einer andern Vorſchrift in Verbindung bringen wollen, die wir in l. 8 C. J. de revoc.

don. 8. 54 (= l. 3 C. Th. eod. 8. 13) beſitzen. Letztere Conſtitution, ein Edict von Conſtantius und Conſtans, erkannte dem Patron ohne Einſchränkung das Recht zu, die dem Freigelaſſenen gemachte Schenkung wegen nachgeborner Kinder zu widerrufen. Eben dieſes allgemeine, auf ſolchen Grund geſtützte Widerrufsrecht wollte man wenigſtens bei beträchtlichen Schenkungen eines jeden Schenkers zur Anwendung bringen [12]). Das iſt beſtimmt verwerflich: der Satz der l. 8 C. cit., der weſentlich über den Inhalt der l. 5 C. cit. hinausgeht, da er eine Beeinträchtigung der Kinder des Schenkers im Pflichttheil nicht zur Vorausſetzung hat, iſt ohne Frage auf das Verhältniß des Patrons zum Freigelaſſenen zu beſchränken: die in Deutſchland gemachten Verſuche, ihm auch ſonſt bei Schenkungen Geltung zu verſchaffen, haben einen conſtanten Gerichtsgebrauch überall nicht erzeugt.

§ 62.

C. Vorausſetzungen der *querella inofficiosae donationis.*

Da die von uns zu erörternde Anfechtung von Schenkungen unter Lebenden nur zuläſſig iſt, wenn der Pflichttheil des Notherben durch die Schenkung geſchmälert wird, ſo iſt zunächſt feſtzuſtellen, von welchem Begriff des Pflichttheils bei dieſem Anſpruch ausgegangen wird; ſodann ſoll das Merkmal der Verletzung der Pflichttheilsberechtigung betrachtet werden. In letzterer Beziehung iſt einmal zu ſagen, ob eine abſichtliche (argliſtige) Verkürzung des Pflichttheils gefordert wird, ſodann iſt die Bedeutung der für die Annahme einer Verletzung erheblichen beiden Zeitpunkte der abgeſchloſſenen Schenkung und des Todes des Erblaſſers klarzuſtellen. Im § 63 wird insbeſondere das Moment der Verletzung bei einer Mehrheit vom Erblaſſer gemachter Schenkungen in's Auge gefaßt, namentlich geprüft werden, welche von den mehreren Schenkungen die Querel veranlaßt.

I. Indem die Querel Verkürzung im Pflichttheil fordert, geht ſie von dem gewöhnlichen, auch ſonſt im materiellen Notherbenrecht geltenden Begriff des Pflichttheils aus. Letzterer bemißt ſich daher auch hier für den einzelnen Notherben auf ein Drittel oder die Hälfte des geſetzlichen Erbtheils, je nachdem dieſer in einem Viertel der Erbſchaft oder mehr beſteht, oder weniger als jenes Viertel aus-

[12]) Vergl. wegen dieſer Frage Mühlenbruch S. 61—68. Savigny, Syſt. IV S. 227—229.

macht. Das ist in der That die herrschende, heutzutage wohl die in ausschließlicher Geltung stehende Ansicht. Wenn Zimmern[1]) bei der Klage wegen pflichtwidriger Schenkung jenem von Justinian aufgestellten Maße des Pflichttheils nur für Descendenten Geltung zugestehen, für Ascendenten und Geschwister aber die alte Quart festhalten wollte, indem er sich darauf berief, daß Nov. 18 nur von Hinterlassungen im Testament rede, Nov. 92 die neue Maßbestimmung zwar auf pflichtwidrige Schenkungen, auf sie aber mit Beschränkung auf Descendenten übertrage, so ist diese Meinung schon von Francke widerlegt[2]). Die Nov. 92 will für die Frage nach dem Umfang des Pflichttheils neues Recht überall nicht, namentlich nicht für unsre Querel schaffen, sie setzt voraus, daß für diese der von Justinian aufgestellte neue Maßstab Geltung habe. Eine andere Absicht hat auch bestimmt bei Erlaß der Nov. 18 nicht vorgelegen: die hier beliebte Erhöhung des Pflichttheils hat von Anfang an auch für die pflichtwidrige Schenkung gegolten, und sie hat hier wie bei letztwilligen Zuwendungen gleichmäßig für alle Notherben Geltung gehabt.

II. Der Kläger behauptet, durch die Schenkung, an welche sein Anspruch anknüpft, im Pflichttheil verletzt zu sein. Hier ist

A. besonders bestritten, ob die Schmälerung des Pflichttheils vom Schenker beabsichtigt sein mußte. Ohne Zweifel wird dieses subjective Moment in einer Anzahl Constitutionen betont. So ist im ältesten Zeugniß über die Klage, dem in l. 87 § 3 D. de legat. II° (31) mitgetheilten Rescript von Alexander, von einem „intervertendae inofficiosi querellae patrimonium — exinanire“ die Rede, und eine fast gleichlautende Wendung kehrt wieder in l. 8 pr. C. de inoff. donat. 3. 29 (Dioclet. et Maxim.)[3]). Uebereinstimmend spricht Philippus in l. 1 C. eod. von einem Erschöpfen des Vermögens „ad deludendam inofficiosi querellam“, Diocletian und Constantius bedienen sich in fragm. Vat. 270 der Wendung: „Si donationibus patrimonium exhaustum in fraudem[4]) ceterorum filiorum probe-

[1]) In Neustetel und Zimmern, römischrechtliche Untersuchungen S. 75 f.

[2]) A. a. O. S. 503. 504.

[3]) l. 8 C. cit. si liqueat — intervertendae *quaestionis inofficiosi causa* patrimonium suum donationibus — exhausisse.

[4]) Daß hier das „in fraudem“ ein vorsätzliches Schmälern des Pflichttheils anzeigt, hat Mühlenbruch S. 80—83 Anm. 72 mit Recht ausgeführt.

tur", und dieſelben Kaiſer bemerken in Vat. fragm. 271 bezüglich des Erſchöpfens des Vermögens durch Schenkungen zum Nachtheil eines Notherben, es ſei „hujusmodi *commentis* ad exemplum inofficiosi querellae — occursum".

Das ſind die äußeren Beweiſe, auf die eine in der Minderheit befindliche Anſicht die Behauptung gründet, daß die Querel wegen pflichtwidriger Schenkung durch abſichtliches Handeln zum Nachtheil des Notherben bedingt iſt[5]), und in der That iſt ſchon die häufige Wiederkehr deſſelben Merkmals in den kurzen thatbeſtandlichen Angaben einer Reihe von Reſcripten bezeichnend genug. Die herrſchende Meinung widerſpricht: ſoweit es ſich um die Beweisführung aus den Quellen handelt, beruft man ſich auf eine Anzahl Conſtitutionen, in denen jenes ſubjektive Merkmal fehlt. Den oben erwähnten Beweisſtellen der andern Anſicht aber ſetzt man entgegen, daß nirgends die Abſicht der Verkürzung des Pflichttheils gefordert werde, und daß deren bloßes Erwähnen ſich als eine bei Reſcripten nicht hoch anzuſchlagende Angabe einer dem entſchiedenen Rechtsfall angehörigen Thatſache darſtelle[6]). Dies trifft nicht zu. In mehreren unter jenen Stellen wird die Abſicht als Bedingung der Entſcheidung, zum Theil als Gegenſtand des Beweiſes genannt[7]), und jedenfalls bei Einer ſchon von Brinz hervorgehobenen Stelle liegt ein ſolches bedingendes Verhältniß vor, ohne daß es ſich dabei um ein Wiedergeben des von den Anfragenden vorgetragenen Thatbeſtands handelte. Es iſt dies der § 1 der ſchon genannten l. 8 C. de inoff. don. 3. 29. Im Principium reſcribiren Diocletian und Maximian: habe die Mutter des Anfragenden ihr Vermögen erweislich durch Schenkungen an einen Sohn erſchöpft, ſo ſeien die Schenkungen nach dem Maßſtabe des Pflichttheils (pro ratione quartae), analog den Grundſätzen über erwieſene Inofficioſität des Teſtaments, zu mindern; denn nach Anforderung des Rechts werde dem Beginnen Derer mit der Querel entgegengetreten, welche vorſätz-

---

[5]) So nach dem Vorgange von Kritz, exegetiſch-praktiſche Abhandlungen Num. 5 S. 125 ff., ausführlich Mühlenbruch S. 74—97; neuerdings Brinz II S. 853.

[6]) Vergl. unter den Neueren Francke S. 505. Arndts S. 646. Vangerow § 482 Anm. unter I. 3., auch Windſcheid § 586 bei Anm. 10.

[7]) Vergl. l. 87 § 3 D. de legat. II° (31). Vat. fragm. 270. l. 1. l. 8 pr. C. de inoff. donat. 3. 29. Mühlenbruch S. 83.

lich das, was Gegenſtand des letzten Willens ſein ſollte, ſchon vor dem Tode in's Werk zu ſetzen und damit die Anſprüche der Kinder inhaltlos zu machen ſuchen. Hieran ſchließt ſich der folgende § 1:

Nam quod uxor a marito in se matrimonii tempore donationis causa collatum emancipato filio communi consentiente domino donavit, velut ex bonis patris, de cujus substantia prohibente matrimonio non potuit exire, datum accipi rationis est: in cujus bonis *si idem consilium et eventus comprehendatur*, lex quam patrimonio matris ediximus, observabitur.

Während alſo im Principium von einer Schenkung aus dem Vermögen der Mutter die Rede war, geht der § 1 zu dem Fall über, wo die Mutter Vermögensſtücke, die ihr vom Ehemann geſchenkt waren, mit Willen des Mannes an den von Beiden erzeugten emancipirten Sohn weiter geſchenkt hat. Darin wird eine Schenkung des Vaters an den Sohn gefunden, da die voraufgehende Schenkung unter den Ehegatten ungültig geweſen war. Eben darum erklären die Kaiſer, in Anwendung auf den Nachlaß des Vaters, die Querel wegen pflichtwidriger Schenkung nach Anleitung der vorher für die mütterliche Erbſchaft aufgeſtellten Grundſätze für begründet[8]), ſofern derſelbe Vorſatz, die Erbanſprüche der Kinder inhaltlos zu machen, ſowie der dieſem Vorſatz entſprechende Erfolg vorliege[9]). — Von dieſem § 1 läßt ſich gewiß nicht ſagen, daß er nur den den Kaiſern unterbreiteten Thatbeſtand ohne Rückſicht auf die Erheblichkeit der einzelnen Thatſachen wiedergäbe. Vielmehr gehen die Kaiſer über die ihnen vorgetragenen Thatſachen hinaus, ſie geben dem Rechtsfall eine Geſtalt, die zwar vielleicht der Sachlage entſprach, aber ſicher durch die Anfrage der Partei nicht nahe gelegt war. Eben darum wird offenbar eine unerläßliche Bedingung der querella inofficiosae donationis angegeben, wenn die Zulaſſung des Anſpruchs davon abhängig gemacht wird, daß der Vater mittelſt der Schenkung an das einzelne Kind der Erbfolge vorzugreifen und der Erbberechtigung der übrigen Kinder den Inhalt zu entziehen beabſichtigt hätte[10]).

---

[8]) Vergl. Bas. 41. 4. 8.

[9]) Das „si idem consilium et eventus comprehendatur" verweiſt deutlich auf den Ausdruck des Principium — „qui *consiliis* supremum judicium anticipare contendunt et actiones filiorum exhauriunt —.

[10]) Dieſelbe Anforderung abſichtlicher Pflichttheilsverkürzung wird auch in

Wenn man dieſen Beweiſen gegenüber eine Anzahl Reſcripte anführt, in denen eines ſolchen wiſſentlichen Thuns des Schenkers nicht gedacht wird[11]), ſo werden dieſe Auslaſſungen durch die Natur der Reſcripte genügend erklärt. Zudem deuten alle jene Stellen beſtimmt auf Schenkungen hin, welche den Pflichttheil der unberückſichtigt gebliebenen Notherben nicht im Vermögen des Gebers zurückgelaſſen haben[12]). Abgeſehen von ganz beſonderen Geſtaltungen der Umſtände, an die bei jenen Reſcripten nicht zu denken iſt, müſſen derartige Freigebigkeiten vom Bewußtſein des Gebers begleitet ſein, daß er damit ſeine Notherben im Pflichttheil verkürzt: ſchenkt er dennoch, ſo iſt von ihm zu ſagen, daß er dieſelben verkürzen wollte[13]). Und etwas Anderes iſt mit der obigen Frage nach der Abſicht des Gebers nicht gemeint.

Mit Rückſicht auf die hier verglichenen äußeren Gründe der ſtreitenden Anſichten erſcheint das Urtheil berechtigt, daß die Meinung, welche das Moment der Abſichtlichkeit feſthält, die Quellen für ſich hat. In's Auge zu faſſen iſt jetzt noch, was an ſonſtigen Erwägungen von der einen und andern Seite geltend gemacht wird: das Ergebniß iſt, wie ich ſchon hier bemerke, nicht geeignet, an jener durch die Quellen empfohlenen Auffaſſung etwas zu ändern.

Die herrſchende Anſicht ſtützt ſich vor Allem auf die Analogie der querella inofficiosi testamenti und der Ergänzungsklage. Gewiß iſt, daß bei Beiden abſichtliche Entziehung oder Schmälerung des Pflichttheils nicht gefordert wird[14]). Aber läßt ſich daraus mit irgendwelcher Sicherheit ein Schluß für unſre Klage bei Schenkungen ziehen? Die claſſiſche Jurisprudenz kannte bis in die letzte Zeit einen

---

Bas. **41.** 4 c. 5 (= l. 5 C. de inoff. donat. 3. 29) und im schol. 1 in f. ibid. erhoben. Indeſſen iſt auf dieſe Stellen, namentlich den Baſilikentext, nur geringes Gewicht zu legen, wie noch im § 64 bei Anm. 20. 21. gezeigt werden ſoll.

[11]) l. 2. 3. 4. 6. 7. C. de inoff. donat. 3. 29. Vat. fragm. 280. 282. — Mit Unrecht zieht man noch Vat. fragm. 270 hieher: das „hujusmodi *commentis*" weiſt grade auf die in Frage ſtehende Abſicht hin.

[12]) So die Ausdrücke „immensa liberalitas", „immensae donationes", „immoderatae liberalitatis effusio". Näher ausgeführt bei Mühlenbruch S. 84—91.

[13]) Julian. l. 17 § 1 D. quae in fraud. cred. 42. 8: — qui creditores *habere se scit* et universa bona sua alienavit, intelligendus est fraudandorum creditorum *consilium habuisse* —. Auf dieſe Stelle verweiſt ſchon Kritz a. a. O. S. 130 ff.; indeſſen ſondert ſeine Ausführung die nackte Thatſache des Wollens nicht genügend von den Motiven.

[14]) Vergl. namentlich l. 27 § 4 D. de inoff. test. 5. 2. (Ulpian).

ſolchen Anſpruch nicht; man wird dieſe Erſcheinung nach einer Aeußerung des Gajus über die Pflichttheilsberechtigung des Parens Manumiſſor aus der Achtung vor der freien Verfügungsbefugniß des römiſchen Bürgers in Anſehung ſeines Vermögens zu erklären haben: bei Rechtsgeſchäften unter Lebenden glaubte man dieſe nicht beſchränken zu dürfen[15]). Es iſt erſt die Zeit der ausgehenden claſſiſchen Jurisprudenz — die Regierungszeit Alexanders —, wo wir unſer Rechtsmittel auftauchen ſehen. Hier nun wird mit aller Deutlichkeit von der Abſicht des Schenkenden geſprochen, die Querel wegen pflichtwidrigen Teſtaments zu umgehen[16]). Das aber war die Zeit, wo ohne Frage die letztere Klage in der oben angegebenen Ausdehnung ertheilt wurde: ſomit wichen zu derſelben Zeit beide Rechtsmittel bei der Frage nach jenem ſubjectiven Erforderniß von einander ab. Das zeigt, daß hier die Analogie der Inofficioſitätsquerel (wie der Ergänzungsklage) ohne Gewicht iſt.

Auf den erſten Blick freilich kann l. 9 C. de inoff. donat. 3. 29 bedenklich machen: die Stelle läßt die Analogie der Teſtamentsquerel in weiteſtem Maße bei der auf Schenkungen bezüglichen Klage entſcheiden[17]). In der That iſt die Verwandtſchaft beider Anſprüche eine ſehr große; das wird ſich namentlich bei der Erörterung der einzelnen auf unſre Frage bezüglichen Rechtsſätze, die wir in den § 65 verwieſen haben, ergeben. Darum ſcheinen mir Francke und Mühlenbruch im Unrecht zu ſein, wenn ſie in einem andern Zuſammenhange die Bedeutung der l. 9 C. cit. herabzudrücken ſuchen. Francke weiſt darauf hin (S. 501—503), daß die jetzt allgemein lautende Sentenz urſprünglich den Schlußſatz einer einzelnen Entſcheidung von Conſtantius und Julian gebildet hat, die wir in l. 4 C. Th. de inoff. test. 2. 19 beſitzen. Darauf iſt zu entgegnen, daß doch dieſe Sentenz ſchon im Theodoſiſchen Codex aus jener Verbindung gelöſt war und als l. un. C. Th. de inoff. donat. 2. 20 eben den

---

[15]) Gaj. l. 2 D. si a parente 37. 12: Non usque adeo exaequandus est patrono parens, ut etiam Fabiana aut Calvisiana actio ei detur, quia iniquum est ingenuis hominibus non esse liberam rerum suarum alienationem.

[16]) l. 87 § 3 D. de legat. II° (31).

[17]) Constantius l. 9 C. cit. Non convenit dubitari, quod immodicarum donationum omnis querella ad similitudinem inofficiosi testamenti legibus fuerit introducta et sit in hoc actionis utriusque vel una causa vel similis aestimanda vel idem et temporibus et moribus.

allgemeinen Ausspruch darstellte, als der sie uns in Justinian's Rechtssammlung erscheint. Mühlenbruch hebt hervor, daß die Basiliken, namentlich Bas. **41.** 4 c. 9 schol. 1, der durchgängigen Gleichstellung widersprechen: aber die Basiliken sind gerade bei dieser Stelle sehr wenig erheblich, das erwähnte schol. 1 (Theodorus) bringt nur die eine Verschiedenheit bei, daß unsre Querel auch für die gesetzliche Erbfolge Bedeutung hat. — Allein so gewiß wir auch hiernach der l. 9 C. cit. ihr volles Gewicht belassen, so ist doch unter Umständen soviel festzuhalten: wo das Wesen beider Ansprüche der Benutzung der Analogie widerstrebt, oder wo specielle Aeußerungen der Quellen das Vorhandensein von Unterschieden andeuten, kann uns l. 9 C. cit. nicht binden. Und eben die zweite von diesen Rücksichten macht sich nach dem vorhin Gesagten bei der gegenwärtigen Untersuchung geltend.

Francke (S. 506) hat noch zwei Gründe gegen die Aufnahme der mehrfach bezeichneten Absicht unter die Bedingungen unsrer Querel. Der eine ist die Zulassung einer Klage nachgeborner Notherben: solchen künftigen Erben gegenüber soll eine Absicht, sie zu verkürzen, nicht vorliegen können. Diesem Argumente gegenüber verweise ich auf die Ausführungen im § 61 unter I a. E. (S. 512): dort wurde gezeigt, daß insoweit, als ein selbständiges Klagrecht der nachgebornen Notherben anzuerkennen ist, das Merkmal des absichtlichen Handelns des Schenkers zu deren Nachtheil sich sehr wohl festhalten läßt. — Noch weniger hat es Gewicht, wenn Francke geltend macht, die vorliegende Querel werde grade in Fällen zum Bedürfniß, wo von einer wirklichen Bosheit des Schenkers nicht geredet werden könne, — da nämlich, wo Eltern aus Schwäche oder unverständiger Vorliebe einzelne Kinder übermäßig vor den übrigen begünstigen. Daß „Bosheit" des Schenkers erforderlich sei, wird ja nicht behauptet; im Uebrigen scheint bei Francke eine Verwechslung der Absicht mit dem Beweggrunde vorzuliegen: wie man Erstere zu verstehen hat, ist schon oben bei Anm. 13 (S. 518) gezeigt.

Die unserseits befolgte Auffassung darf sich gegenüber den besprochenen Gründen der herrschenden Ansicht auf die Analogie der Fabiana und Calvisiana actio stützen. Bei diesen Klagen wird ein Handeln des Freigelassenen gefordert (Vermehrung fremden Vermögens durch Minderung des eignen), welches den Pflichttheil des Patrons schmälert. Auch hier aber bedarf es der Absicht, eine solche Schmälerung

herbeizuführen[18]). Man entgegnet[19]), der Patron könne ſich der genannten Klagen nicht allein gegen die Schenkungen, ſondern auch gegen ſonſtige Veräußerungen des Freigelaſſenen bedienen. — Dieſe Bemerkung beſeitigt ſich jedoch leicht: immer werden ja Veräußerungen verlangt, die das Vermögen des andern Theils durch Minderung des Vermögens des Freigelaſſenen vermehren[20]). Und wahr bleibt, daß auch die Schenkungen nur dann unter jene Anſprüche des Patrons fallen, wenn ſich bei ihnen ein argliſtiges Handeln des Freigelaſſenen behaupten läßt[21]). Iſt nicht auch hier zu ſagen — ganz wie bei unſerm Inſtitut —, daß man dem Verfügungsrecht des lebenden Eigenthümers nur in dringenden Fällen Schranken ſetzen wollte? Ein weiterer Unterſchied wäre nach Francke dieſer: während die querella inofficiosae donationis eine ſo umfangreiche Schenkung fordert, daß der dem Pflichttheil entſprechende Betrag nicht im Vermögen des Schenkers zurückbleibt, ſollen die actio Fabiana und Calvisiana wegen jeder, auch der geringſten Schenkung ſtattfinden. Allein mit dieſer Auffaſſung ſteht Francke allein; es muß gegen ihn mit der herrſchenden Meinung Widerſpruch erhoben werden. In Wahrheit fordern auch jene prätoriſchen Klagen eine ſo umfangreiche Veräußerung, daß der künftige Pflichttheil des Patrons nicht im Vermögen des Freigelaſſenen übrig iſt[22]).

B. Weiter iſt zu ſagen, in welchem Zeitpunkt die Verletzung des Pflichttheils, als Folge der Schenkung, gegeben ſein muß. Völlig gewiß iſt hier dies: pflichtwidrig iſt nur die Schenkung, welche im Augenblick ihrer Vornahme den Pflichttheil verkürzt, demnach zu dieſer Zeit nicht mehr den Vermögensbetrag in den Händen des Schenkers beläßt, welcher zur Befriedigung des Pflichttheilsanſpruchs

---

[18]) l. 1 pr. § 1. 4. l. 3 § 3. l. 4 pr. D. si quid in fraud. 38. 5. Davon ausführlich Schmidt, Pflichtth.-R. S. 105—107.

[19]) Francke S. 507 f. — Neben den Einwendungen, die unſer Text erörtert, findet ſich bei Francke noch die Bemerkung, das Recht der liebloſen Schenkungen habe ſich nicht an jene Klagen des Patrons, ſondern an die querella inofficiosi testamenti angeſchloſſen. Das ſchließt jedoch die in der That handgreifliche Verwandtſchaft des prätoriſchen Inſtituts und unſrer Querel nicht aus, und am wenigſten iſt die Analogie zurückzuweiſen, wo wie in unſerm Falle ſonſtige unterſtützende Beweiſe für das Daſein übereinſtimmender Rechtsgrundſätze vorliegen.

[20]) Schmidt S. 98—105.

[21]) l. 1 § 1. 11. l. 6. l. 12 D. si quid in fraud. 38. 5.

[22]) Das Nähere bei Schmidt S. 105 f.

erforderlich ist[23]). Eine Schenkung, die im genannten Zeitpunkt nicht pflichtwidrig war, kann nicht hinterher anfechtbar werden, wenn in Folge eines — rein zufälligen oder auf dem Willen des Gebers beruhenden — Ereignisses das Vermögen des Schenkers unter den Betrag des Pflichttheils, sofern bei dessen Ermittlung der Gegenstand der Schenkung mit in Rechnung gestellt wird, herabsinkt[24]). Gewiß ist ferner, daß ein Anspruch des Notherben auf den Pflichttheil, damit auch ein Anspruch gegen den Beschenkten, vor dem Tode des Schenkers nicht besteht. Auch muß mehr, als es namentlich die Darstellung von Francke (S. 508 f.) zulassen möchte, der Satz festgehalten werden, daß der Pflichttheil seinem Wesen nach dem Notherben aus der Erbschaft gebührt, daher auch mit Zugrundelegung des Vermögensbestandes zur Zeit des Todes des Erblassers zu berechnen ist. Nur in Einem Punkte erleidet der Satz begreiflich in unsrer Lehre eine Ausnahme: liegt eine pflichtwidrige Schenkung vor, so ist unter allen Umständen ihr Gegenstand bei der späteren Ermittlung des Pflichttheils in das Vermögen einzurechnen[25]).

Wo aber auch an sich eine pflichtwidrige Schenkung gegeben ist, bleibt doch der Anspruch gegen den Beschenkten ausgeschlossen, wenn dem Notherben ohnedies der volle, in der soeben bezeichneten Weise berechnete Pflichttheil aus der Erbschaft zukommt. Dies kann geschehen, indem etwa der Schenker auf Kosten des beschenkten Erben

---

[23]) Dafür sind nur solche Stellen zu benutzen, welche von einer einzelnen Schenkung reden. Von diesen betonen l. 2. l. 3. l. 4 C. de inoff. donat. 3. 29 nur das allgemeine Merkmal, daß die Schenkung das Vermögen des Gebers erschöpft. Dagegen wird der Thatbestand speciell angegeben in Vat. fragm. 280 (etwas verändert l. 7 C. eod.): — Si igitur mater tua *ita patrimonium suum* — exausit, *ut* quartae partis dimidiam — *haud relictam tibi habeas* —.

[24]) Beispiel. Der Erblasser, der 2 Söhne hat, besitzt 9000, verschenkt 6000: die dem Pflichttheil entsprechenden 3000 (1/3 des Vermögens) bleiben dem Schenker übrig. Hier entsteht auch in der Folge kein Anspruch des Notherben gegen den Beschenkten, mögen immer die zurückgebliebenen 3000 dem Schenker durch Zufall, Verschwendung oder neue Liberalität verloren gehen.

[25]) nov. 92 c. 1: — volumus, ut, si quis donationem immensam in aliquem aut aliquos filiorum fecerit, *necessarium habeat* in distributione hereditatis *tantam unicuique filiorum servare ex lege partem, quanta fuit, priusquam donationem pater in filium aut filios,* quos ea honoravit, *faceret.* Sic enim nihil ulterius in donationibus queruntur, qui habent quidem in omni substantia patris quod legitimum est, in tantum autem aucta quantitate, quantum habuit substantia patris ante, quam donationibus exhauriretur —.

dem Notherben bei der Vertheilung der Erbſchaft einen größeren Erbtheil zuweiſt, als derſelbe bei gleichmäßiger Vertheilung zu erwarten hätte[26]).

Der gleiche Erfolg kann auch dadurch herbeigeführt werden, daß das Vermögen des Schenkers ſich nach der Zeit des Rechtsgeſchäfts in dem Maße vermehrt, daß es dem Pflichttheilsanſpruche, auch bei Zurechnung des entſprechenden Bruchtheils vom neuen Erwerbe[27]), genügt.

Wie iſt es aber, wenn der Schenker zwar nach der Zeit der Schenkung ſoviel erwirbt, daß ſein Vermögen zur Deckung des Pflichttheils ausreicht, der neue Erwerb aber vor ſeinem Tode wieder verloren geht? Arndts nimmt an[28]), es könne nun doch nicht mehr zur Anfechtung der Schenkung kommen, die Verletzung des Pflichttheils ſei einmal durch die Vermögensvermehrung vollſtändig wieder aufgewogen geweſen, und der Grund der Verkleinerung des Pflichttheils liege nicht mehr in der pflichtwidrigen Schenkung, ſondern in der noch ſpäter eingetretenen zufälligen Vermögensminderung, die nicht das Recht gebe, eine frühere Schenkung anzufechten. Ich bin anderer Meinung. Soviel ich ſehe, hat die Thatſache, daß der Schenker nach der Zeit der Schenkung einen neuen Erwerb macht, für ſich ſelbſt keine juriſtiſche Bedeutung; es fehlt an jedem Grunde für das Urtheil, daß dieſer Erwerb der früheren Schenkung die Eigenſchaft einer pflichtwidrigen Liberalität benähme, zumal dauernd benähme. Nur dann iſt ein ſolcher Erwerb erheblich, wenn er es bewirkt, daß der Schenker bei ſeinem Ableben ein zur Gewährung des Pflichttheils ausreichendes Vermögen hinterläßt; denn nun kann

---

[26]) Auch dies zeigen die in Anm. 25 abgedruckten Worte der Nov. 92 Kap. I.

[27]) Beiſpiel. Ein Vater von 5 Kindern, der 8000 im Vermögen hat, verſchenkt 5000. Der Pflichttheil wäre vor der Schenkung 4000 geweſen (1/2 des Vermögens): da nur ein Vermögen von 3000 übrig iſt, ſo iſt die Schenkung pflichtwidrig, der Pflichttheil um 1000 verkürzt. Erwirbt aber der Vater demnächſt wieder 2000, ſo genügt der Nachlaß dem Pflichttheil. Dieſer umfaßt

4000 von den 8000, Vermögen zur Zeit der Schenkung,
1000 von den neu erworbenen 2000,

5000 = summa.

Daß Glück VII S. 98 f. den auf die urſprünglichen Zahlen dieſes Beiſpiels geſtellten Rechtsfall unrichtig entſcheidet, indem er die Quote vom neuen Erwerb außer Anſatz läßt, iſt zuerſt von Francke bemerkt (S. 511).

[28]) Civ. Schriften II S. 648.

freilich die Querel wegen pflichtwidriger Schenkung nicht zur Entstehung kommen. Anders, wenn der Erwerb vor dem Tode wieder schwindet. Hier wird doch unter allen Umständen bei der Berechnung des Pflichttheils der Gegenstand der Schenkung in das Vermögen eingerechnet; decken also die wirklich vorhandenen Güter den Pflichttheil nicht, so muß auf den Beschenkten zurückgegriffen werden.

Betrachten wir jetzt den umgekehrten Fall, wo in der Zeit nach der pflichtwidrigen Schenkung das von dieser übriggelassene Vermögen eine Minderung erfährt. Hinzuzunehmen ist dabei, daß die Schenkung für sich selbst den Pflichttheil verletzt hat; denn ohne diese Voraussetzung ist die spätere Vermögensminderung einflußlos. In jenem Falle nun wirft sich die Frage auf: bestimmt sich der Betrag, auf welchen der Beschenkte vom Notherben in Anspruch zu nehmen ist, nach dem Zeitpunkt der Schenkung, so daß der Gegenstand des Anspruchs von dieser Zeit an trotz der Minderung des Vermögens des Schenkers unveränderlich ist? Oder ist im Zeitpunkt des Todes des Erblassers zur Bestimmung dieses Forderungsgegenstandes der Werth des dann vorhandenen Vermögens mit dem Betrage der Schenkung zusammenzurechnen und danach der Pflichttheil sowie weiter mit Rücksicht auf diesen der Gegenstand der Querel zu ermitteln? Zur Erläuterung dient das Beispiel der Anm. 27: ein Vater von fünf Kindern hat von seinem Vermögen von 8000 den Betrag von 5000 weggeschenkt, damit den Pflichttheil der Kinder um 1000 verkürzt; in der Folge verliert er weitere 2000. Hier wäre nach seinem Tode nach der ersten Auffassung eine doppelte Rechnung aufzustellen: einmal wäre für die Zeit der Schenkung der Betrag der Querel gegen den Beschenkten zu ermitteln, dieser bestände in der Einbuße an dem für diese Zeit anzunehmenden Pflichttheil, d. h. in 1000. Sodann hätte man noch den Pflichttheil für die Todeszeit zu berechnen: bei Einrechnung der weggeschenkten Summe (5000) ergäbe sich ein Vermögensbetrag von 6000, ein Pflichttheil von 3000. Hierauf erhielten die Kinder die soeben erwähnten 1000 durch Klage gegen den Beschenkten, sodann weitere 1000 Werth des beim Tode des Erblassers wirklich vorhandenen Vermögens, sie erlitten also eine Einbuße von 1000. So Mühlenbruch[29]), der diese Rechnungsweise als Folge des Satzes ansieht,

[29]) Band 36 S. 121 f.

daß die Zeit der Schenkung entscheidet, ob durch Letztere der Pflichttheil verletzt wird. — Die zweite Auffassung findet beim Tode des Erblassers 1000 vorhandenes Vermögen vor und zählt weggeschenkte 5000 hinzu: von der Summe der 6000 erhalten die Kinder die Hälfte = 3000 als Pflichttheil und zwar 1000 durch Ueberweisung des vorhandenen Vermögens, 2000 durch Klage gegen den Beschenkten.

Nach meiner Ueberzeugung ist die zweite Rechnungsweise die richtige. Wenn man sagt, die Verletzung des Pflichttheils müsse im Zeitpunkt der Schenkung feststehen, und wenn man mit Rücksicht hierauf das zu dieser Zeit vorhandene Vermögen mit dem Betrage der Schenkung vergleicht, so kann das nicht den Sinn haben, daß auf solchem Wege der Umfang des dem Notherben zu gewährenden Anspruchs gegen den Beschenkten endgültig festgestellt werden soll. Nur das wird ermittelt, ob die Schenkung gegen die Vorschriften des Pflichttheilsrechts verstößt. Dafür spricht zunächst, daß der Anspruch auf den Pflichttheil erst im Augenblick des Todes des Erblassers entsteht; mit Rücksicht hierauf erscheint es unverständlich, wie dem Notherben in dem vom Beschenkten herauszugebenden Betrage eine Leistung auf einen Pflichttheil zuzukommen hätte, der für eine vor dem Tode liegende Zeit ermittelt würde. Sodann kommt doch der Gegenstand der Schenkung sowie die Forderung gegen den Beschenkten auf keinen Fall allein für den Pflichttheil in Betracht: ist es hier nun nicht im höchsten Grade auffallend, daß Mühlenbruch für die Bestimmung jener Forderung einen andern Pflichttheil in Rechnung bringt, als für die Feststellung des Anspruchs, den die Notherben an die Erbschaft zu erheben haben? — Unsre Ansicht gelangt zwar gleichfalls zu einer doppelten Werthsbestimmung des Pflichttheils, allein sie schreibt der einen Schätzung nur die Aufgabe zu, im Allgemeinen festzustellen, ob die Schenkung zur Zeit ihrer Vornahme pflichtwidrig gewesen ist[30]). — Endlich spricht für meine Auffassung dies. Dem Beschenkten kommt bei der Bestimmung des Forderungsgegenstands jede demnächstige Vermehrung des Vermögens und, was sogleich zu zeigen ist, jede den

[30]) Man könnte meinen, daß Nov. 92 Kap. I einen Anhalt im Sinne von Mühlenbruch's Entscheidung der erörterten Frage böte; indessen geht dieses Gesetz nicht auf den Fall ein, wo nach vollzogener Schenkung Aenderungen im Vermögen des Schenkers eintreten.

Pflichttheil mindernde Aenderung in Anſehung der pflichttheilsberechtigten Perſonen zu gut: muß nicht dem entſprechend auch zu ſeinen Ungunſten die nachfolgende Minderung des Vermögens in Anſchlag gebracht werden?

Bisher habe ich die im Vermögen des Schenkers nach vollzogener Schenkung vor ſich gehenden Aenderungen in ihrem Einfluß auf den Gegenſtand der Forderung des Notherben an den Beſchenkten erörtert; mit einigen Worten berühre ich jetzt den Wechſel im Umfange des Pflichttheils, der durch Veränderungen in Anſehung der pflichttheilsberechtigten Perſonen herbeigeführt wird. Es kann geſchehen, daß zur Zeit der Schenkung mit Rückſicht auf die Zahl der dann vorhandenen Notherben der Pflichttheil des einzelnen Erben ſich auf die Hälfte des geſetzlichen Erbtheils berechnet, daß aber in der Folge Notherben wegfallen, der Pflichttheil damit auf ein Drittel jenes Erbtheils herabſinkt. Dies tritt beim Fall der Anmerk. 27 ein, wenn eines der fünf Kinder vor dem Schenker ohne Hinterlaſſung von Nachkommen ſtirbt. Mit Rückſicht auf dieſe Minderung des Pflichttheils verringert ſich auch der Umfang der ſpäteren Forderung des Notherben an den Beſchenkten[31]).

Aus der Praxis liegt eine Anzahl Entſcheidungen zu der jetzt erörterten Lehre vor. Der allgemeine Satz, daß eine Schenkung nur pflichtwidrig iſt, wenn ſie von dem zur Zeit ihrer Vollziehung vorhandenen Vermögen nicht den vollen Pflichttheil in den Händen des Schenkers zurückläßt, wird ausgeſprochen in Erkenntniſſen des O.-Trib. zu Stuttgart vom 14. December 1849, des O.-A.-G. zu Kiel vom 16. Auguſt 1854 und des O.-A.-G. zu Jena von 1862[32]). Darüber hinaus geht das Erkenntniß des O.-A.-G. zu Dresden vom 4. Oktober 1855 (anſcheinend auch das weniger beſtimmt gehaltene Erkenntniß des O.-A.-G. zu München vom 23. Mai 1858[33]). Hier wird betont, daß bei der Berechnung des Betrags der pflichtwidrigen Zuwendung auf die Zeit der Letzteren zu ſehen, auf die in der Zwiſchenzeit zwiſchen dem Abſchluß des Rechtsgeſchäfts und dem Tode des Erblaſſers in deſſen Vermögensverhältniſſen vorgegangenen Veränderungen lediglich Zwecks der Unterſuchung Rückſicht zu nehmen ſei, ob das Vermögen ſich ſo bedeutend vermehrt habe, daß

[31]) Vergl. Arndts S. 648. Windſcheid III § 586 bei Anm. 8.

[32]) Seuffert, Arch. 4. 137. 9. 193. 23. 152.

[33]) Daſ. 7. 213. 23. 238.

nun der Pflichttheil, berechnet nach dem Vermögensſtande zur Zeit der als inofficiös angefochtenen Zuwendung als vollſtändig (oder in wie weit) gedeckt erſcheint. Danach ſcheint das Gericht rückſichtlich der Behandlung nachträglicher Vermögensminderungen der zuletzt beſprochenen Anſicht von Mühlenbruch beizupflichten.

§ 63.

Fortſetzung. (Verletzung bei einer Mehrheit von Schenkungen.)

C. Beſonderes Intereſſe gewährt die Frage nach dem Daſein der Verletzung wie nach der Zuſtändigkeit der Klage wegen pflichtwidriger Schenkung in dem Falle, wo der Erblaſſer nicht eine Schenkung, ſondern eine Mehrzahl von ſolchen vollzogen hat. In welcher Schenkung liegt die Verletzung des Pflichttheils, und gegen welche iſt der Anſpruch des Notherben zu richten?

Dieſe Fragen beantworten ſich von ſelbſt, wo die mehreren Schenkungen gleichzeitig ausgeführt ſind. Hier haben alle gleichmäßig die Pflichttheilsberechtigung des Notherben beeinträchtigt, folglich iſt auch die Klage des Notherben durch ſämmtliche Schenkungen nach Verhältniß von deren Umfang begründet[1]).

Anders iſt es, wenn die Schenkungen zu verſchiedenen Zeiten gemacht wurden, ſei es durchweg an denſelben Empfänger, ſei es an verſchiedene Perſonen. Hier bieten die Quellen bezüglich der obigen Fragen keine Entſcheidung, wenngleich der Fall ſelbſt, wo in der angegebenen Art mehrere Schenkungen neben einander ſtehen, von mehreren Kaiſerconſtitutionen in's Auge gefaßt wird[2]).

Die erſte Frage, wann eine von mehreren Schenkungen den Pflichttheil ſchmälert, iſt an ſich Sache der Beurtheilung des einzelnen Falls. Nur Eins iſt über ſie zu bemerken. Auch wenn die einzelne voraufgehende Schenkung nicht pflichtwidrig iſt, hat man ihren Betrag zu dem der folgenden Schenkung hinzuzurechnen, ſobald beſtimmt werden ſoll, ob bei dieſer zweiten Schenkung eine Ver-

[1]) Den nämlichen Fall behandelt in Anwendung auf die actio Fabiana und Calvisiana Ulpian in l. 1 § 11 D. si quid in fraud. 38. 5. Vergl. zu der Stelle Schmidt, Pflichtth.-R. S. 117 Anm. 66. — Unrichtig die Erklärung von Francke S. 514: derſelbe zieht hier ſeine nach den Quellen nicht zu begründende Annahme herbei, daß jene Klagen des Patrons durch jede noch ſo geringe Schenkung des Freigelaſſenen begründet werden. Vergl. darüber oben § 62 S. 521.

[2]) Vergl. l. 87 § 3 D. de legat. II° (31). l. 1. l. 6. l. 8 pr. C. h. t. Vat. fragm. 270. 271. Nov. 92 Kap. I.

letzung des Pflichttheils gegeben ist. Dies ist aus den in Anm. 2 angeführten Aussprüchen zu folgern: dieselben sprechen allgemein von einer Verkürzung des Pflichttheils durch eine Mehrheit von Schenkungen, ohne das unter diesen bestehende zeitliche Verhältniß zu berühren. Auch ist der Satz eine unabweislich logische Folge aus dem Grundgedanken unsres Instituts, das den Notherben bei Kränkung des Pflichttheils durch Schenkungen unter Lebenden zur Rückforderung berechtigt. Wird der Zurücksetzung des Notherben durch eine einzige große Schenkung entgegengetreten, so kann es dem demnächstigen Erblasser auch nicht gestattet sein, den gleichen Erfolg durch eine Mehrheit kleinerer Schenkungen herbeizuführen[3]).

Mit der soeben behandelten Frage hängt die zweite auf das Engste zusammen: gegen welche unter den mehreren Schenkungen der Anspruch wegen Pflichttheilsverletzung sich wendet. Dabei ist nicht an eine Mehrheit von Schenkungen zu denken, welche Folgen Eines Entschlusses, damit eine einige Handlung darstellen, denn diese sind nicht anders zu behandeln, wie mehrere gleichzeitig ausgeführte Schenkungen. Abgesehen von einer solchen fortgesetzten Liberalität läßt sich nur sagen: diejenige Schenkung begründet die Klage des Notherben, welche (bei Zurechnung des Betrags aller früheren) pflichtwidrig erscheint. Die voraufgehende Schenkung hat für sich allein eine Kränkung der Notherbenberechtigung nicht zur Folge gehabt; ebensowenig aber kann sie nachträglich dadurch fehlerhaft werden, daß eine spätere Freigebigkeit von einem solchen Vorwurf getroffen wird. Denn die folgende Liberalität kann auf die frühere keinen andern Einfluß üben, wie jede zufällige Minderung des Vermögens. (Vergl. dazu § 62 unter B. S. 521 f.).

Hiernach ergibt sich von selbst, wie haltlos die Ansichten älterer Schriftsteller waren, welche die mehreren, zu verschiedenen Zeiten ausgeführten Schenkungen gleichmäßig theilweiser Zurückforderung unterwerfen oder gar sämmtlich rückgängig machen wollten[4]). Unbegründet ist es jedoch, wenn Francke (Anm. 4 cit.) diese Frage mit der Streitfrage in Verbindung bringt, ob die bei wirklich pflichtwidriger Schenkung zuzulassende Forderung des Notherben auf den ganzen geschenkten Gegenstand oder nur auf den am Pflichttheil des Notherben fehlenden Betrag gestellt ist. Der Streit hierüber

[3]) Vergl. Brinz II S. 853. Windscheid III § 586 Anm. 6.

[4]) Litterarische Nachweise bei Glück 7 S. 174. Francke S. 513.

hat zur Vorausſetzung, daß die uns jetzt vorliegende Frage, welche Schenkung die Rückforderung begründet, bereits entſchieden iſt.

Mit Recht hat man die dargeſtellten Grundſätze über eine Mehrzahl der Zeit nach aus einander liegender Schenkungen auf den Fall übertragen, wo ein Erblaſſer, welcher ſein Vermögen durch (an ſich nicht anfechtbare) Schenkungen unter Lebenden gemindert hat, im letzten Willen neben dem Notherben Perſonen, welchen keine Pflichttheilsberechtigung zukommt, durch Erbeseinſetzung oder Vermächtniß bedenkt. Auch hier hat man, um zu beurtheilen, ob dem Notherben der Pflichttheil unverkürzt zu Theil wird, zum vorhandenen Nachlaß den Betrag der Schenkungen hinzuzurechnen: ergibt ſich danach eine Schmälerung des Pflichttheils, ſo wendet ſich der Ausſpruch des Notherben gegen die Miterben oder die Vermächtnißnehmer, grade wie im Fall der mehreren Schenkungen die ſpäteren Schenkungen den Anſpruch des Notherben wach rufen. Nur hat ſich der Notherbe gegenüber jener Verkürzung durch letzten Willen nicht der querella inofficiosae donationis, ſondern der Ergänzungsklage zu bedienen[5]).

Wie iſt es aber, wenn die vom Erblaſſer unter Lebenden gemachte Schenkung einem Notherben zugekommen und eben dieſer demnächſt im Teſtament in der beſchriebenen Weiſe bedacht wird, während neben ihm ein zweiter Pflichttheilsberechtigter eingeſetzt iſt, der nicht durch eine Schenkung begünſtigt iſt? Auch hier iſt Behufs der Feſtſtellung, ob dieſem Zweiten der volle Pflichttheil zu Theil wird, die Schenkung mit in Anſatz zu bringen und es kommt bei einer nach dieſer Rechnung ſich ergebenden Pflichttheilsverletzung das vorhin bezeichnete Rechtsmittel zur Anwendung. Man nimmt an, daß wir für dieſe Sätze einen Beweis in Nov. 92 Kap. I beſitzen, und wirklich ſcheint mir ein mittelbarer Beweis im Geſetz zu liegen. Juſtinian beſtimmt mit Anknüpfung an die Erhöhung des Pflichttheils durch Nov. 18: hat ein Vater bei Lebzeiten einzelnen Kindern eine übermäßige Schenkung zukommen laſſen, ſo ſoll er im letzten Willen die Erbſchaft ſo vertheilen, daß jedes Kind den Pflichttheil erhält, der ihm vor jener Schenkung zukam. Dieſer Anordnung ſollen ſich die beſchenkten Kinder nicht durch die Erklärung entziehen können, daß ſie vom Erbſchaftserwerb Abſtand nehmen. Zwar zum

[5]) Vergl. zum Bisherigen wie zum Folgenden Francke S. 514—516. Windſcheid III § 586 Anm. 6.

Erwerb ſelbſt ſind ſie nicht zu nöthigen, aber ſie ſollen gehalten ſein, den übrigen Kindern das dieſen am Pflichttheil Fehlende zu gewähren.

Augenſcheinlich ſind hier zwei Fälle zuſammengeworfen. Der erſte, für jetzt allein für uns wichtige, iſt der, wo das bei des Erblaſſers Tode noch vorhandene Vermögen zur Gewährung des Pflichttheils an die nicht mit Schenkungen bedachten Kinder ausreicht, während die beſchenkten Kinder ganz oder theilweiſe auf die empfangenen Schenkungen angewieſen werden müſſen. An ſich liegt hier Pflichttheilsverletzung vor, da die Erbſchaft den Pflichttheil aller Notherben nicht mehr enthält; aber die Verletzung kann durch die vom Kaiſer bezeichnete Vertheilung ausgeglichen werden. Wichtig iſt nun dies. Augenſcheinlich geht Juſtinian davon aus, daß die beſchenkten Kinder das Teſtament, wenngleich dieſes ihnen den Pflichttheil aus der Erbſchaft nicht gewährt, nicht anfechten können. Daraus aber wird weiter folgen: würde das Teſtament die beſchenkten Kinder in gleichem Maße bedenken, wie die nicht beſchenkten, ſo läge für die Letzteren bei Zurechnung des verſchenkten Betrags zum Vermögen Verletzung im Pflichttheil vor, und ſie könnten zur Ergänzungsklage gegen die Empfänger der Schenkung greifen. Eben das muß dann auch in ſolchem Falle gelten, wo die Schenkung an ſich den Pflichttheil aller Kinder übrig ließe, der Erblaſſer aber die ſchon auf jenem Wege bevorzugten Kinder im Teſtament noch weiter vor den übrigen begünſtigt hätte.

Mit wenigen Worten berühre ich den andern Fall, welcher im zweiten Theil der oben mitgetheilten Verfügung der Novelle angedeutet wird. Es iſt der, wo die Erbſchaft in Folge der Schenkungen nicht einmal zur Gewährung des Pflichttheils der früher nicht bedachten Kinder zureicht. Denn offenbar deutet hierauf die Beſtimmung hin, daß die beſchenkten Kinder durch die Erklärung, nicht miterben zu wollen, die Verpflichtung nicht ſollen ablehnen können, den andern Notherben den Pflichttheil (aus dem geſchenkten Gegenſtande) zu erfüllen. Leicht begreiflich: ſie unterliegen der Klage wegen pflichtwidriger Schenkung.

Mit der oben begründeten Anforderung, daß bei der Frage nach der Verkürzung des Pflichttheils durch Verfügungen von Todeswegen auf frühere Schenkungen unter Lebenden Rückſicht genommen werde, tritt ein Erkenntniß des O.-A.-G. zu Dresden von 1849[6]) in Wider-

[6]) Seuffert, Arch. 4. 68.

ſpruch, indem es den allgemeinen Satz aufſtellt,

„daß dasjenige, was durch Dispoſitionen unter den Lebendigen bereits „bei Lebzeiten des Erblaſſers deſſen Vermögen entzogen worden iſt, „an ſich bei der Berechnung des Pflichttheils nicht mit in Anſchlag „gebracht werden kann, da ſonſt der Pflichttheil, ſeinem Begriffe zu„wider, von dem Vermögen eines Lebendigen berechnet werden würde."

Schon an früherer Stelle habe ich bemerkt, daß der Satz nach meinem Erachten in dieſer Allgemeinheit nicht aufrecht erhalten werden kann (vergl. § 38 bei Anm. 22, S. 299).

Gegenüber den jetzt dargeſtellten Regeln über die *Verletzung* des Pflichttheils durch Schenkungen iſt eine neue Erweiterung der regelmäßigen Grundſätze über die in den Pflichttheil *einzurechnenden* Erwerbungen aus dem Vermögen des Schenkers zu erwähnen. Der Notherbe, der ſich über eine pflichtwidrige Schenkung des Erblaſſers an einen Dritten beſchwert, muß ſich ſeinerſeits auf den Pflichttheil anrechnen, was er durch einfache Schenkung vom Erblaſſer erhalten hat. Danach iſt ihm die Querel wegen pflichtwidriger Schenkung auch völlig zu verſagen, wenn ihm der Pflichttheil durch die ihm ſelbſt zu Theil gewordene Schenkung allein oder in Verbindung mit andern gültigen Zuwendungen auf denſelben vollſtändig gewährt iſt[7]). Es iſt begreiflich, daß man den Notherben, der die vom Erblaſſer zu Gunſten Dritter geübten Liberalitäten mit Berufung auf ſeine Pflichttheilsberechtigung anfocht, auf die ihm ſelbſt auf dem gleichen Wege zugefloſſenen Vergünſtigungen verwies.

§ 64.

D. Gegenſtand des Anſpruchs.

Auf den Gegenſtand des Anſpruchs des Notherben wider den pflichtwidrig Beſchenkten bezieht ſich die von jeher lebhaft verhandelte Streitfrage, ob die geſchenkten Vermögensſtücke in ihrer ganzen Aus-

[7]) Vergl. Francke S. 516 f. Windſcheid III § 586 Anm. 9. Erk. des O.-A.-G. zu Dresden vom 5. Juni 1862 bei Seuffert, Arch. **16**. 233. — Einen ſicheren Beweis für den Satz gewährt l. 7 C. de inoff. donat. 3. 29. Man beruft ſich außerdem auf l. 6 C. eod., wo Diocletian und Maximian der Querelklägerin die vom Erblaſſer empfangene Dos auf den Pflichttheil anrechnen. Dabei macht man geltend (Francke), daß zu Diocletian's Zeit nach regelmäßigem Recht die Dos noch nicht auf den Pflichttheil angerechnet wurde. Allein dieſer Satz kann, wie wir im § 39 unter I D. (S. 309 f.) zeigten, nicht als ſicher gelten, und darum muß die Beweistüchtigkeit der l. 6 C. cit. beanſtandet werden.

dehnung (mindeſtens zum Betrage des geſetzlichen Erbtheils des Klägers), oder nur im Umfange des Pflichttheils abgefordert werden, — nach der üblichen Ausdrucksweiſe: ob der Anſpruch die Schenkung vollſtändig oder nur in dem ſoeben angegebenen Umfange reſcindirt. Die herrſchende Anſicht iſt für die Beſchränkung auf das Maß des Pflichttheils oder des dem Notherben an dieſem fehlenden Betrages[1]). Die Anhänger der entgegengeſetzten Meinung treffen zuſammen in dem Grundgedanken, welcher für die Klage wegen pflichtwidriger Schenkung die gleichen Wirkungen annimmt, wie für die querella inofficiosi testamenti: danach würde die Schenkung bis zur Höhe des geſetzlichen Erbtheils des Klägers — nach Manchen unter Umſtänden im vollen Umfange — reſcindirt. Für das Juſtinianiſche Recht wird dann mehrfach der Parallelismus mit Rückſicht auf die Ergänzungsklage der l. 30 C. de inoff. test. 3. 28 weiter geführt: danach ſoll die vorhin erwähnte Anfechtung nur die Schenkung des ganzen Vermögens treffen; hingegen beſtände ein bloßer Anſpruch auf Ergänzung, wenn dem Notherben wenigſtens Etwas auf den Pflichttheil übrig bliebe. Bis zu dieſer Grenze ſtützt ſich jene Meinung auf Erwägungen, die eine Berückſichtigung bei der theoretiſchen Entwicklung des vorliegenden Anſpruchs verlangen dürfen: nicht das Gleiche läßt ſich von einzelnen weiteren Unterſcheidungen ſagen, die man mehrfach in die Lehre hineingetragen hat, während ſie durch die Quellen nicht veranlaßt werden. So hat man den Umfang des Angriffs auf die Schenkung davon abhängig machen wollen, ob dieſe einem Notherben oder einem Fremden zugewendet, ob ſie vom Erblaſſer mit oder ohne Bewußtſein von der mit ihr gegebenen Verletzung des Notherbenrechts gemacht war.

Unſre Darſtellung folgt der herrſchenden Anſicht, die ſie aus den Quellen begründet. Ein Eingehen auf die einzelnen Verzweigungen der entgegengeſetzten Meinung wird abgelehnt[2]): nur die Anſicht, welche die Grundſätze der Teſtamentsquerel und der Ergänzungsklage

[1]) Glück 7 S. 158—172. Francke S. 521—533. Mühlenbruch S. 97—117. Arndts S. 645 f. Vangerow § 482 Num. II z. A. Windſcheid § 586 bei Anm. 3, — wohl auch Brinz II S. 852. Weitere Vertreter dieſer Anſicht aus früherer Zeit bei Glück S. 161, aus neuerer Zeit bei Vangerow a. a. O.

[2]) Wegen der Darſtellung und Würdigung der verſchiedenen Schattierungen der Gegenanſicht iſt zu verweiſen auf Glück 7 S. 158—161. Francke S. 521—523. Mühlenbruch S. 98 f. Breidenbach, Arch. f. civ. Prax. 27 S. 341—344. 28 S. 51. 52.

auf die pflichtwidrige Schenkung zu übertragen ſucht (ſo namentlich Breidenbach[3]), wird kurz beſprochen werden.

Es iſt unumwunden zuzugeben, daß die Forderung des Notherben in ihrer erſten Anlage — Reſcript Alexanders, l. 87 § 3 D. de legat. II° — den Gegenſtand der Schenkung im ganzen Umfange des geſetzlichen Erbtheils des Notherben in Anſpruch genommen hat; das „ratio deposcit id, quod donatum est, pro dimidia parte revocari“ iſt befriedigend nur ſo zu erklären, daß neben dem beſchenkten, ſelbſt pflichttheilsberechtigten Enkel nur noch Ein Notherbe ſtand, der mit der Klage vorging[4]). Allein mit Recht iſt oft genug hervorgehoben, daß die ſpätere Entwicklung die Forderung in ihrem Umfange eingeſchränkt hat. Indem ich mich anſchicke, dies darzuthun, ſetze ich diejenigen Beweisſtellen, welche nach meinem Urtheil völlig beweiſend ſind, an die Spitze: es ſind l. 8 pr. C. de inoff. don. 3. 29. l. un. C. de inoff. dot. 3. 30. nov. 92. c. 1.

a. Die ſchon an früherer Stelle beſprochene l. 8 pr. C. cit. verleiht entgegen den Schenkungen, welche die Mutter mit Erſchöpfung ihres Vermögens einem der Kinder gemacht hat, den übrigen Kindern die Querel mit dem Erfolge, daß „quod donatum est pro *ratione quartae ad instar inofficiosi testamenti convicti* deminuetur.“ Das „pro ratione quartae“ kann in dieſer Verbindung nur den Maßſtab der Anfechtung angeben wollen[5]); auch nach den Bemerkungen von Breidenbach bleibt er unannehmbar, wenn Zimmern in jenen Worten nur den Grund des Anſpruchs finden wollte[6]). Denn der Rechtsgrund des Anſpruchs wird (hier wie in andern Reſcripten) in der Verweiſung auf die Grundgedanken der quer. inoff. testamenti dargeboten. Und eben weil der Ausdruck „ad instar inofficiosi testamenti convicti“ nur auf die in jenem vorbildlichen Anſpruch ausgeprägte Mißbilligung der Pflichttheilsverkürzung durch das Recht hinweiſt, kann es nicht auffallen, wenn ſich unmittelbar daneben in l. 8. C. cit. eine Beſtimmung des Forderungsgegenſtands findet, welche vom Recht der als Muſter dienenden Klage abweicht.

---

[3]) Arch. 27 S. 338—360. 28 S. 28—53.

[4]) Vergl. Mühlenbruch S. 42—53. Breidenbach 28 S. 29—32.

[5]) Vergl. die Belegſtellen bei *Dirksen* v. Ratio § 6.

[6]) Zimmern in Neuſtetel und Zimmern, römiſchrechtl. Unterſ. S. 74. (Die Worte werden hier überſetzt mit „aus Rückſicht auf die [entzogene] Quart“.) Breidenbach 28 S. 41. Vergl. dagegen Mühlenbruch S. 107.

b. In ähnlicher Weiſe beſtimmt den Inhalt des Anſpruchs l. un. C. cit. (Conſtantius). Das Reſcript handelt von der querella inofficiosae *dotis*, darf aber hier benutzt werden, da dort überall gleiches Recht gilt. Auch hier wird gegenüber der das ganze Vermögen der Mutter erſchöpfenden Beſtellung einer Dos Klage „ad exemplum inofficiosi testamenti“ ertheilt; mit dieſer aber ſollen den Kindern *emolumenta debita* zugeführt werden. Das kann, da von einem rechtlich durchzuſetzenden Anſpruche die Rede iſt, nur auf den Pflichttheil gedeutet werden [7]); ohne Grund hat man die Aeußerung auf den geſetzlichen Erbtheil bezogen oder ihr die techniſche Bedeutung abgeſprochen [8]).

c. Die Nov. 92 Kap. I erklärt deutlich, der vom Erblaſſer mit Verkürzung des Pflichttheils eines Notherben übermäßig Beſchenkte ſolle dem Notherben auf Erfüllung des Pflichttheils haften. Ueber dieſes ſchon im § 63 behandelte Geſetz hier nur ſoviel. Da der Sinn der Worte der Novelle nicht zweifelhaft iſt, ſo bietet ſich den Vertheidigern der Gegenanſicht nur der Ausweg, daß man der Vorſchrift bald ſo, bald anders die Bedeutung einer Neuerung des Juſtinianiſchen Rechts beilegt. So meint Zimmern, der das Geſetz auf Kinder des Erblaſſers beſchränkt und in ihm eine neue Verordnung für den Fall ſieht, wo den Kindern bei des Erblaſſers Tode Etwas, nur nicht der volle Pflichttheil geblieben iſt, Juſtinian verleihe hier eine eigenthümliche Klage auf Ergänzung des Pflichttheils [9]). Aber weder rechtfertigt ſich die Beſchränkung auf die Kinder, die nur als wich-

[7]) Wo ſo abſolut von einer debita portio oder von einem Erwerb durch Erbſchaft geſprochen wird, der Gegenſtand eines rechtlichen Anſpruchs und inſofern ein debitum ſein ſoll, wird man ſtets an den Pflichttheil zu denken haben. Vergl. l. 8 § 1 C. de inoff. test. 3. 28: — etiamsi minus quam ei debebatur relictum est —. l. 36 pr. C. eod.: minorem debita portionem —. l. 5 C. de inoff. donat. 3. 29: — debitum bonorum subsidium —. Dazu die Stellen über den Pflichttheil des Patrons bei Schmidt, Pflichtth.-R. S. 63 Anm. 86. — Dem Satze des Textes widerſpricht es nicht, daß die elterliche Erbſchaft oder die Erbſchaft des Freigelaſſenen mit Betonung der natürlichen, auf das perſönliche Verhältniß der Betheiligten zu einander gegründeten Anſchauung als debitum behandelt wird: l. 10 D. pro soc. 17. 2. l. 15 D. de inoff. 5. 2. l. 7 § 1 D. si tabulae 38. 6. Hieraus erklärt es ſich weiter, daß der Pflichttheil „quarta debitae portionis“ heißt: l. 8 § 8 D. de inoff. 5. 2. l. 2. C. de inoff. donat. 3. 29.

[8]) Zimmern S. 74 f. Breidenbach 28 S. 46.

[9]) Zimmern S. 77—79 (im Weſentlichen übereinſtimmend ſchon *Ant. Faber*, conjectur. lib. 3 c. 17).

tigſte Claſſe der Notherben genannt werden, noch iſt die Klage der verkürzten Kinder eine andre, als die querella inoff. donationis. — Noch weiter geht Breidenbach: er meint, ſchon ſeit l. 30 C. de inoff. test. 3. 28 habe jeder vom Erblaſſer mit einer unzulänglichen Zuwendung bedachte Notherbe auch gegen den pflichtwidrig Beſchenkten nur die Ergänzungsklage gehabt; dieſer Satz ſei dann durch die Novelle gegen Zweifel ſicher geſtellt[10]). Breidenbach verkennt, wie noch unten zu zeigen iſt, das Weſen der lediglich als Obligation des Teſtamentserben zu faſſenden Ergänzungsklage.

Ich laſſe drei weitere weniger zuverläſſige Aeußerungen der Quellen folgen:

d. Die l. 5 C. de inoff. donat. 3. 28 (Diocletian und Maximian) verleiht dem Schenker ſelbſt die ſchon früher (§ 61 S. 510. 513) beſprochene Rückforderung des Geſchenkten inſoweit, als der Pflichttheil ſpäter geborner Notherben verkürzt erſcheint[11]). Die Stelle begründet nur einen Schluß aus der Analogie, da keine Klage des Notherben, auch keine querella inofficiosae donationis vorliegt. Immer iſt jener Schluß einigermaßen berechtigt, da der Anſpruch der l. 5 C. cit. gleich unſrer Querel der geſchmälerten Pflichttheilsberechtigung Hülfe zu gewähren beſtimmt iſt.

e. Die l. 2 C. eod. (Valerian und Gallien) unterſcheidet bei der Schenkung des ganzen Vermögens vom Vater an den Sohn ſo: Iſt einem Hausſohn geſchenkt, ſo ſoll die Schweſter im Erbtheilungsverfahren die *quarta debitae ab intestato portionis* unverkürzt erhalten; wurde einem Emancipirten, darum von vorn herein gültig geſchenkt, ſo ſoll nach Analogie der querella inofficiosi Hülfe gewährt werden. Die beim zweiten Fall eingreifende Klage iſt unſre Querel:

---

[10]) Arch. 28 S. 48—52. Die Worte der Nov. 92 Kap. I: „Et haec quidem nostra ab initio cogitatio fuit" — wollen nicht auf die Nov. 18 und zugleich die *l. 30 C. de inoff. test. 3. 28* hindeuten (ſo Breidenbach). Denn von einem Hinweis auf die Codexſtelle enthält das Geſetz keine Spur; auf die Nov. 18 dagegen wird in der praefatio wie am Schluß des c. 1 pr. deutlich Bezug genommen. Jene Worte beſagen nur, Juſtinian habe die Erhöhung des Pflichttheils, wie ſie durch Nov. 18 erfolgt iſt, von Anfang an auch auf die querella inofficiosae donationis bezogen.

[11]) l. 5 C. cit.: — *id, quod ad submovendas inofficiosi testamenti querellas non ingratis liberis relinqui necesse est,* ex factis donationibus detractum, ut filii — *debitum bonorum subsidium consequantur,* ad patrimonium tuum revertetur.

läßt ſich nun nicht deren Gegenſtand aus der Entſcheidung des erſten Falls entnehmen? Ich meine, nicht. Die Schenkung an den Hausſohn, von vorn herein ungültig, wird rückwärts gültig, wenn ſie nicht bis zum Tode des Schenkers widerrufen wird[12]). Indeſſen gebührt hier wie bei der Schenkung auf den Todesfall dem Erben, bei der Schenkung an einen der Erben den Miterben die Falcidiſche Quart[13]). Da nun der um dieſes Grundes willen gekürzte Betrag ipso jure beim Erben verbleibt[14]), ſo konnte es im Fall unſrer l. 2 C. cit. hinſichtlich des der Quart der Miterben entſprechenden Bruchtheils nicht zu einer gültigen Schenkung kommen. Und da zu Valerian's Zeit der Pflichttheil[15]) in ſeinem Umfange mit der Falcidiſchen Quart zuſammentraf, ſo hatte rechtlich die Notherbin mit dem Tode des Erblaſſers den Pflichttheil in ihrem Antheile am geſchenkten Gegenſtande, es bedurfte nur der thatſächlichen Abtheilung im Erbtheilungsverfahren. Demnach hatte die Schenkung die Schweſter niemals im Pflichttheil verletzt.

Auch daraus iſt nicht zu entnehmen, daß die bei dieſem erſten Fall von l. 2 C. cit. gebrauchten Ausdrücke „ut tibi quartam *debitae ab intestato portionis* praestet incolumem" auf den Pflichttheil hinweiſen. Wie die Zuſammenfaſſung der zwei Fälle zeigt, war bei den Kaiſern angefragt, wie die Schweſter zu ihrem Pflichttheil komme; darum ſpricht das Reſcript von dieſem, ohne zu betonen, daß derſelbe mit der Falcidiſchen Quart gegeben ſei[16]).

Bei dem zweiten Falle, dem einer Schenkung an einen Emancipirten, liegt die ganz andre Frage vor, ob bei der rechtlich in Vollzug geſetzten Verkürzung im Pflichttheil ein Anſpruch auf den Pflichttheil oder, wie bei der querella inofficiosi testamenti,

---

[12]) Ueber dieſen Fall Vat. fragm. 274. 277. 278. 281. Vergl. l. 25 pr. C. de donat. int. V. et U. 5. 16. Francke S. 525 f. Mühlenbruch S. 104—106. Windſcheid II § 516 Num. 3, beſonders Anm. 17.

[13]) fr. Vat. 281 (Dioclet.): — inlibata donatio permanet, *si tamen legis Falcidiae ratio comminui eam nec exegerit;* quod si locum habet, eatenus ex donatione fratres tui deducent, quatenus id fieri indemnitas et juris ratio in optinendis portionibus, quas eos habere necesse est, exigunt. —

[14]) l. 18 C. ad l. Falc. 6. 50, verglichen mit l. 73 § 5 D. eod.

[15]) Vergl. noch wegen der Behandlung des Pflichttheils das Erk. des O.-A.-G. zu Wolfenbüttel vom 22. Juni 1869 bei Seuffert, Arch. **25**. 253. Dazu unſre obige Ausführung im § 59 a. E.

[16]) Vergl. Breidenbach **28** S. 33—36.

auf den geſetzlichen Erbtheil eintritt. Hier iſt nur aus der Faſſung der l. 2 C. cit. das wenig erhebliche Argument abzuleiten: indem die Kaiſer den Gegenſtand der Forderung des Emancipirten nicht bezeichnen[17]), wird es glaublich, daß ſie den zuvor bezeichneten Pflichttheil im Sinne hatten.

f. Noch will man einen Beweis in l. 7 C. eod. finden (Diocletian und Maximian — entnommen aus Vat. fragm. 280), indem hier zur Bezeichnung des Gegenſtands der Querel der Ausdruck gebraucht wird: „quod *immoderate* geſtum est, revocabitur". Ohne Frage liegt in dieſen Worten einiger Beweis; denn die den Pflichttheil ſchmälernde Schenkung wird wiederholt in Reſcripten als: „immoderata donatio", „immoderata liberalitas", „immodica donatio" bezeichnet[18]). Indeſſen iſt ein Beweis aus einem Sprachgebrauch der ſpäteren Kaiſerzeit kein zuverläſſiger.

Die dargelegten, nach meinem Urtheil völlig überzeugenden Beweiſe für die herrſchende Lehre werden durch die von der Gegenſeite beigebrachten Aeußerungen der Quellen nicht in nennenswerthem Maße geſchwächt. Bei dieſen fällt das Hauptgewicht auf das in l. 87 § 3 D. de legat. II° (31) vorliegende Reſcript Alexanders; doch iſt hier ohne Bedenken zu der oben im Text hinter Anm. 4 angedeuteten geſchichtlichen Vereinigung zu greifen. Die Annahme eines Wechſels in der rechtlichen Behandlung des Anſpruchs der Notherben findet eine Stütze an einem äußeren Umſtande: das erwähnte Reſcript iſt in der ziemlich ausgedehnten l. 87 D. de legat. II° (31) verſteckt geblieben, nicht unter die im Codextitel de inofficiosis donationibus geſammelten Reſcripte aufgenommen.

Auch bei unſrer Frage wird als Beweisgrund die l. 9 C. de inoff. donat. 3. 29 und die dort bezeugte ausgedehnte Analogie der querella inofficiosi testamenti herangezogen. Nach den im § 62 unter II A S. 519 f. entwickelten Grundſätzen iſt jedoch dem Reſcript beim vorliegenden Streit alle Bedeutung abzuſprechen, weil der Gegenſtand

---

[17]) Breidenbach ſieht in dem „is qui provinciam regit ad similitudinem inofficiosi querellae auxilium tibi aequitatis impertiet" einen Hinweis auf den Gegenſtand der Teſtamentsquerel. Dem entgegen iſt zu wiederholen, daß die Worte den Rechtsgrund der eintretenden Hülfe angeben.

[18]) fragm. Vat. 271. l. 4 C. h. t. = fr. Vat. 282. l. 9 C. h. t. l. 5 C. ad leg. Falc. 6. 50. Uebereinſtimmend l. un. C. de inoff. dot. 3. 30 („dos immodica").

der auf Schenkungen bezüglichen Querel durch die speciellen Zeugniſſe unter a—c deutlich beſtimmt wird. Ein innerer Grund, der auf dieſem Gebiet die Analogie der Teſtamentsquerel bedeutungslos macht, ſoll unten aufgezeigt werden.

Weiter bezieht man ſich auf das Reſcript in l. 4 C. de contr. empt. 4. 38 von Diocletian und Maximian[19]). Der Anfragende hat vorgetragen, er habe von einer Frau deren geſammtes Vermögen geſchenkt erhalten, dann aber von deren Sohn und Erben res maternas gekauft. Hier wird wegen der Wirkungen des Kaufs eröffnet: da der Bittſteller durch Schenkung und nachfolgende Beſitzübergabe Eigenthümer geworden ſei, ſo ſei der Kauf als über Sachen des Käufers geſchloſſen ungültig. Zur Frage der Pflichtwidrigkeit der Schenkung wird bemerkt:

— sane quoniam *omnia bona* tibi ab ea (sc. donatrice) donata et tradita dicis, ad hoc a filio facta venditio *rerum maternarum* adferre perfecta etiam donatione poterit defensionem, ne vel exemplo inofficiosi testamenti possit *haec* avocare.

Aus den von der querella inofficiosae donationis handelnden Schlußworten, namentlich aus dem „haec“, das auf „omnia bona“ bezogen wird, folgert man, daß die Klage den Gegenſtand der Schenkung vollſtändig abfordere. Allein das „omnia bona“ wird nur als Beweis für die Pflichtwidrigkeit der Schenkung betont; eben darum liegt kein Grund vor, bei dem zurückweiſenden „haec“ auf das frühere „omnia“ Gewicht zu legen. Augenſcheinlich ſoll doch nicht der Umfang der Querel beſtimmt, es ſoll nur bemerkt werden, daß der Sohn und Erbe durch das (als Vergleich über die Querel zu behandelnde) Kaufgeſchäft die Anfechtung der Schenkung aufgegeben habe.

Zu dieſen Beweisſtellen kommt ein Ausſpruch der Baſiliken hinzu — Bas. **41.** 4. 5 —, welcher die l. 5 C. de inoff. donat. 3. 29 wiedergibt. Hier wird im Gegenſatz zu der dem Schenker mit Rückſicht auf die nachträglich gebornen Notherben geſtatteten Klage von einer Anfechtung der Schenkung wegen der Verkürzung dieſer Notherben geſprochen, und dieſe Anfechtung wird deutlich auf die ganze Schenkung bezogen[20]). Iſt nicht dabei an unſre Querel zu denken?

[19]) Vergl. fr. Vat. 293; ſodann einerſeits Breidenbach **28** S. 43—46, anderſeits Francke S. 529—531. Mühlenbruch S. 110—114.

[20]) Bas. l. cit.: καὶ δέεται αὐτὸς ὁ πατὴρ ἀνατραπῆναι πάσας τὰς δωρεάς, διὰ τοὺς μετὰ ταῦτα τεχθέντας παῖδας ἢ ἐγγόνους ἀποστερηθῆναι

Wie mir ſcheint, iſt die Stelle[21]) aus einem zweifachen Grunde unerheblich. An ſich muß ein Zeugniß über die Auffaſſung, welche die Querel nach Juſtinian im griechiſchen Kaiſerreich gefunden hat, gegenüber den uns vorliegenden unzweideutigen Aeußerungen der Rechtsquellen zurückſtehen. Das vorliegende Zeugniß aber erregt noch beſondere Bedenken, da es von einer Anfechtung bei Lebzeiten des Schenkers und durch dieſen ſelbſt redet.

Soviel die von der entgegengeſetzten Anſicht benutzten äußeren Beweiſe. Was zu allen Zeiten den Angriffen auf die herrſchende Lehre in vorzüglicher Weiſe Nahrung gegeben hat, iſt das Recht der Querel aus pflichtwidrigem Teſtament, zu deren Ergänzung doch die querella inofficiosae donationis beſtimmt iſt. Dort erlangt der Kläger den vollen geſetzlichen Erbtheil: ſoll man dem nachgebildeten Anſpruche einen geringeren Umfang gegeben haben? Hat dann aber Juſtinian in weitem Maße an die Stelle der querella inofficiosi testamenti die Ergänzungsklage geſetzt, ſo ſcheint es natürlich, daß der Notherbe ſich auf unſerem Gebiet die gleiche Einſchränkung gefallen laſſen mußte[22]). Es wird ſich durch eine Zergliederung des Weſens der beiden verglichenen Klagen zeigen laſſen, daß dieſe bei der vorliegenden Lehre nicht wohl als Vorbild dienen konnten. Die Querel wegen pflichtwidrigen Teſtaments erhebt Beſchwerde über die Nichtberückſichtigung bei der letztwilligen Verfügung über das erblaſſeriſche Vermögen. Sie muß alſo ausgehen von einem Verwandten, der ohne das Teſtament Erbe geworden wäre. Und wie auf Seiten des Klägers, ſo liegt auf Seiten des Beklagten Erbberechtigung vor: der Beklagte iſt der Teſtamentserbe. Beides zuſammen mußte dahin führen, daß der Erfolg der Querel auf die Herſtellung der geſetzlichen Erbfolge geſtellt wurde. Zwar machte die Beſchränkung der Rechtskraft des Erkenntniſſes auf die Parteien eine über den Erbtheil des Klägers hinausgehende Aufhebung des Teſtaments unſtatthaft; aber immer mußte man zu dem Satze kommen, daß im

τῆς αὐτοῦ περιουσίας· ἡ τοίνυν διάταξις, ἐπειδὴ καὶ τὰς δωρεὰς ἐρρωμένας εὗρε. καὶ οὐδὲ ἐπὶ περιγραφῇ τοῦ παιδὸς γενομένας εὗρεν· οὐδὲ γὰρ ἦν τότε ἐν φύσει· κελεύει τὰς μὲν δωρεὰς ἐρρῶσθαι κ. τ. λ.

[21]) Auf die Stelle verweiſt Breidenbach 28 S. 38 f.; ſie ſcheint auch Brinz (II S. 852) bedenklich gemacht zu haben.

[22]) So die Grundzüge der mehrfach erwähnten Erörterungen von Breidenbach.

Umfang dieſes Erbtheils das Teſtament vollſtändig aufgehoben wurde[23]). Wenn uns alſo die Incongruenz begegnet, daß der Kläger auf Grund der Beſchwerde über bloße Pflichttheilsverletzung den vollen Inteſtaterbtheil erlangt, ſo beruht dies nicht auf einer Forderung der Gerechtigkeit, ſondern darauf, daß es ſich bei dem Anſpruch hüben und drüben um Erbeſein handelt.

Bei der Anfechtung der pflichtwidrigen Schenkung beſteht überall kein Grund für eine ſolche eigenthümliche Wirkung des Anſpruchs. Die Schenkung führt immer nur zu einer Sondernachfolge und die Querel des Notherben fordert nur Herausgabe der einzelnen Rechtsobjekte: daher war es durchaus angemeſſen, daß man dieſe nur nach dem Maßſtabe der Beſchwerde des Klägers eintreten ließ. — Soviel von der vermeintlichen Analogie der Teſtamentsquerel; noch weit weniger haltbar iſt der Gedanke, das Inſtitut der Ergänzungsklage in unſrer Lehre heimiſch zu machen. Letztere verdankt ihre Entſtehung dem auf ethiſcher Grundlage ruhenden Zwecke des Geſetzgebers, das Teſtament möglichſt gegen die Vernichtung wegen Pflichttheilsverletzung in Schutz zu nehmen[24]), dem Erblaſſer den Erben, den er ſich ſelbſt beſtellt hat, zu erhalten, auch wo dieſer einen Theil des Vermögens einbüßen muß. Läßt ſich eine Erwägung ſolcher Art für die möglichſt ſchonende Behandlung pflichtwidriger Schenkungen anführen? Gewiß nicht; wäre es daher wahr, was die Gegner behaupten, daß bis auf Juſtinian die Querel den Erwerb des Beſchenkten im Umfange des geſetzlichen Erbtheils abforderte, ſo bliebe es unverſtändlich, warum der Kaiſer im Fall vorliegender theilweiſer Bedenkung den Notherben auf die Forderung des Pflichttheils beſchränkt haben ſollte. — Für uns, die wir ſchon für das Recht vor Juſtinian einen in ſolcher Weiſe eingeſchränkten Anſpruch annehmen, ergibt ſich aus dieſer Erwägung jedenfalls ein Argument gegen die Anſicht, als liege in Nov. 92 und der hier auf das Beſtimmteſte ausgeſprochenen Begrenzung der Querel durch das Maß des Pflichttheils eine Umbildung des Anſpruchs nach der Analogie der Ergänzungsklage.

[23]) Vergl. die Ausführungen im § 51. — Die römiſchen Juriſten ziehen zur Erklärung der univerſellen Wirkungen der Querel noch den color insaniae heran. Vergl. Claud. l. 36 D. de legat. III (32): Nec fideicommissa ab intestato data debentur ab eo, cujus de inofficioso testamento constitisset, *quia crederetur quasi furiosus testamentum facere non potuisse, ideoque nec aliud pertinens ad suprema ejus judicia valet.* l. 13 in f. l. 17 § 1 D. de inoff. test. 5. 2.

[24]) Vergl. l. 30 pr. C. de inoff. test. 3. 28.

Man würde überdies das Weſen der auf einem geſetzlichen Vermächtniß ruhenden, ausſchließlich gegen den Teſtamentserben gerichteten Ergänzungsklage zerſtört haben, hätte man dieſe zu einer Forderung gegen einen auf ein Rechtsgeſchäft unter Lebenden geſtützten Sondernachfolger des Erblaſſers ſtempeln wollen[25]).

Zum Schluß eine Stimme der Praxis über unſre Frage. Die herrſchende Anſicht, die den Anſpruch des Klägers auf deſſen Pflichttheil beſchränkt, iſt zur Anerkennung gelangt im Erkenntniß des O.-A.-G. zu Kiel vom 16. Auguſt 1854[26]).

§ 65.

E. Einzelne eigenthümliche, von der *querella inofficiosi testamenti* herübergenommene Grundſätze.

Die Verwandtſchaft der Querel wegen liebloſen Teſtaments mit unſerm auf pflichtwidrige Schenkungen bezüglichen Anſpruche äußert ſich bei einer Reihe materieller, zunächſt für den erſtgenannten Anſpruch ausgebildeter Rechtsgrundſätze, von denen theils zufolge vorliegender Zeugniſſe der Quellen, theils aus innern Gründen geſagt werden muß, daß ſie auch bei der Querel wegen liebloſer Schenkungen Geltung haben. Wir zählen dahin

A. den Wegfall der Querel bei verdienter Ausſchließung vom Pflichttheil. Wie die Anfechtung des Teſtaments mit der gemeinen Querel dem Notherben abgeſchnitten iſt, wenn derſelbe verdienter Weiſe von der Beerbung ausgeſchloſſen iſt, ſo auch die Beſchwerde über Verkürzung des Pflichttheils durch Rechtsgeſchäft unter Lebenden: auch die hierin liegende Kränkung muß eine unverdiente ſein[1]). Daß es hier ſo wenig wie bei der Querel wegen

---

[25]) Vergl. das auf S. 535 hinter Anm. 10 Geſagte. In ähnlicher Weiſe hat ſchon Mühlenbruch S. 127—129 den Unterſchied der beiden in Frage ſtehenden Anſprüche gezeichnet.

[26]) Seuffert, Arch. 9. 193.

[1]) Angedeutet wird dieſes Erforderniß: a. bei der Condiction, die dem Vater mit Rückſicht auf die durch die Schenkung im Pflichttheil verkürzten nachgebornen Notherben ertheilt wird. L. 5 C. de inoff. donat. 3. 29: — id, quod ad submovendas inofficiosi testamenti querellas *non ingratis* liberis relinqui necesse est. ex factis donationibus detractum — ad patrimonium tuum revertetur. b. In Anwendung auf unſre Querel ſelbſt in l. 9 in f. C. eod. (mit Rückſicht auf die Analogie der quer. inoff. testamenti): — et sit in hoc actionis utriusque vel una causa vel similis aestimanda vel idem (jus ins.?) et temporibus *et moribus*. Ebenſo iſt mindeſtens mit auf die Querel zu beziehen nov. 91 c. 1. § 1: Haec itaque dicimus de filiis gratis exsistentibus eis, non de ingratis et quibus pater

pflichtwidrigen Teſtaments der Angabe eines Ausſchließungsgrundes bedarf, leuchtet von ſelbſt ein: die Verletzung wird dem Notherben in unſerm Falle durch ein Rechtsgeſchäft unter dritten Perſonen zugefügt, in welchem jene Angabe keine ſchickliche Stelle finden würde. Ebenſo wiederholt ſich hier der Satz, daß die Gründe einer gerechtfertigten Verletzung des Pflichttheils vom Recht nicht feſtgeſtellt ſind. Nach neueſtem Recht muß man auch hier die Grundſätze der Nov. 115 Kap. 3 und 4 gelten laſſen[2]).

B. Gründe eines nachträglichen Verluſts des entſtandenen Querelrechts. Als ſolche beſpreche ich den Verzicht, die Verjährung und das Verſterben des Berechtigten vor vorbereiteter Querel.

1. Daß der Anſpruch durch Verzicht beſeitigt wird, braucht nicht ausgeführt zu werden. Zu fragen aber iſt, ob in derſelben Ausdehnung wie bei der querella inofficiosi testamenti die Forderung gegen den Beſchenkten durch Handlungen aufgehoben wird, in denen ſich eine Anerkennung der den Pflichttheil ſchmälernden Schenkung finden läßt. (Vergl. § 54 unter A. S. 468 ff.). Knüpfen wir zunächſt an den einfachſten Thatbeſtand an: der Notherbe nimmt eine Zuwendung an, die zu ſeinen Gunſten dem Beſchenkten durch eine mit der Schenkung verbundene Auflage abgefordert war. Damit aber ſteht es auf gleicher Linie, wenn bei einem gegenſeitigen Contract der eine Vertragſchließende durch abſichtlich zu niedrige Beſtimmung ſeiner Leiſtung eine Liberalität empfängt (ſ. g. negotium mixtum cum donatione), dieſer begünſtigte Contrahent als Theil ſeiner Leiſtung eine Zuwendung an den Notherben zuſagt, die Zuwendung aber demnächſt angenommen wird. Auf ſolche Fälle beziehen ſich zwei neuere Urtheile deutſcher Gerichtshöfe[3]). Bei dem Erkenntniß des O.-A.-G. zu Dresden vom 25. Juli 1848 lag eine den Pflichttheil des Notherben verletzende Veräußerung des Erblaſſers um zu geringen Preis vor: das Gericht nahm an, der Notherbe verliere durch die Annahme von Kaufgeldern aus einem ſolchen Geſchäft das durch die Verletzung begründete Rechtsmittel (die querella inofficiosae donationis) nicht. Die Begründung geht dahin: der im Pflicht-

---

justam et legitimam ingratitudinem infert. Nam si hoc ita se habere apparuerit et approbentur ingratitudinis causae, sint ea, quae in lege de ingratis posita sunt, rata, nihil ex hac nostra legislatione minuenda.

[2]) Vergl. Arndts II. S. 650 Anm. 409.

[3]) Seuffert, Arch. 3. 357. 17. 76.

theil Verletzte könne nicht Wiederaufhebung des Kaufs, ſondern nur Ergänzung des Pflichttheils fordern; daher könne die Annahme von Kaufgeldern, die dem Notherben unter allen Umſtänden gebühren, im Zweifel nicht als Verzicht auf die Klage wegen Ergänzung des Pflichttheils angeſehen werden. Verwieſen wird dabei auf das Recht der Ergänzungsklage bei Schmälerung des Pflichttheils durch letzten Willen; eben dieſe vermeintliche Analogie hat das Gericht getäuſcht. Die Ergänzungsklage läßt die Erbfolge unangetaſtet, ſie fordert nur vom Teſtamentserben in Geſtalt eines geſetzlichen Vermächtniſſes Herausgabe des Werths, der dem Notherben am Pflichttheil fehlt; die querella inoff. donationis dagegen nimmt dem Erwerber einzelner Vermögensſtücke das erworbene Objekt oder doch deſſen Werth je nach Lage des Falls in größerem oder geringerem Umfange.

Entgegen dem beſprochenen Erkenntniß wird man ſagen müſſen, daß der Notherbe durch Annahme einer Zuwendung der oben beſchriebenen Art, auf Grund des Rechtsgeſchäfts, die Klage wegen pflichtwidriger Schenkung verliert: in der Annahme liegt eine dem Verzicht auf die Klage gleichſtehende Anerkennung der Schenkung. In dieſem Sinne, zugleich unter Aufſtellung einer allgemeinen Regel, ſpricht ſich das zweite der beiden erwähnten Urtheile aus, das Erkenntniß des O.-A.-G. zu Wolfenbüttel vom 9/16. Juni 1857. Der vom Gericht beurtheilte Fall war dem vorhin beſprochenen verwandt: der ſpätere Erblaſſer hatte durch Veräußerung unter Lebenden (ſ. g. Hofverlaßcontract) ſeine Grundſtücke mit Inventarien an eins ſeiner Kinder um zu niedrigen Preis, damit unter Verletzung des Pflichttheils des zweiten Kindes, überlaſſen. Bei Beurtheilung dieſes Falles betont das Gericht die Verwandtſchaft unſerer Querel mit der querella inofficiosi testamenti, erklärt Beide für actiones vindictum spirantes[4]) und nimmt auch bei der Erſteren Verluſt des Anſpruchs durch jeden Act an, der eine Anerkennung der Willensbeſtimmung des Erblaſſers enthält, — ſo insbeſondere durch die wiſſentliche Annahme desjenigen, was durch das Rechtsgeſchäft dem mittelſt deſſelben verletzten Notherben vom Erblaſſer zugewendet war.

[4]) In gleichem Sinne äußert ſich ein Erk. des A.-G. zu Celle vom 26. Nov. 1869 (Seuffert, Arch. 23. 233); daſſelbe erklärt dann mit Rückſicht auf dieſe Auffaſſung des Rechtsmittels den curator absentis für nicht ermächtigt, eine querella inofficiosae donationis Namens des Abweſenden zu erheben: die Anfechtung der Schenkung müſſe in das eigne perſönliche Ermeſſen des betheiligten Pflichttheilsberechtigten verſtellt bleiben.

In der That ist bei der hier zur Untersuchung stehenden Lehre an der Verwandtschaft mit der querella inofficiosi testamenti festzuhalten. Damit eignen wir uns das vom zweiten Erkenntniß aufgestellte Princip an, welches uns weit über den Fall der Annahme einer Zuwendung auf Grund der pflichtwidrigen Schenkung hinausführt. Es entspricht der bei der querella inofficiosi testamenti geltenden Regel, daß jede als Anerkennung der pflichtwidrigen Schenkung aufzufassende Handlung das Klagrecht aufhebt. Für diesen Grundsatz zeugt, abgesehen von der Analogie der querella inofficiosi testamenti, die l. 6 C. de inoff. donat. 3. 29 (Dioclet. et Maxim.):

> Cum donationibus in fratrem tuum collatis facultates patris tui exhaustas esse eundemque patrem vestrum ea que superfuerant codicillis inter vos divisisse proponas, *si voluntatem ejus non agnovisti*, — de enormitate donationum ad exemplum inofficiosi testamenti praeses provinciae jurisdictionis suae partes exhibebit[5]).

Dem Falle einer Anerkennung durch Vergleich über die Forderung gegen den Beschenkten sind wir im § 64 (S. 538) bei der Besprechung von l. 4 C. de contr. empt. 4. 38 begegnet.

2. Verjährung. Die fünfjährige Verjährung der Querel wegen liebloſen Testaments ist auf die vorliegende Klage übertragen[6]). Mit Recht hat man hervorgehoben, daß der Lauf der Frist erst mit dem Tode des Schenkers beginnen kann, da bis dahin ein Anspruch gegen den Beschenkten nicht besteht, daß aber der bei der gemeinen Querel geltende weitere Aufschub bis zur Erbschaftsantretung des Testamentserben (l. 36 § 2 C. de inoff. test. 3. 28) auf die Anfechtung der Schenkung keine Anwendung findet[7]).

3. Darüber, ob die Klage wegen pflichtwidriger Schenkung mit dem Tode des Notherben erlischt, und ob ein solches Erlöschen entsprechend der Regel über die querella inofficiosi testamenti durch Vorbereitung der Klage verhütet werden kann, schweigen die Quellen. Man wird jedoch beide Fragen bejahen müssen[8]), da es an jedem

---

[5]) Vergl. Bas. **41.** 4. 6. Ohne Grund bezieht das schol. 3 das. das voluntatem adgnoscere auf die Annahme der dem klagberechtigten Notherben vom Vater gemachten letztwilligen Zuwendungen.

[6]) l. 9 in f. C. de inoff. donat. 3. 29.

[7]) Glück **7** S. 176 f. Francke S. 534.

[8]) So das oben besprochene Erk. des O.-G. zu Wolfenbüttel vom 9./16.

Grunde fehlt, bei ihnen die Analogie der zuletzt gedachten Klage (l. ult. C. de inoff. don. 3. 29) zurückzuweisen. Die enge Verknüpfung des Anspruchs mit der Person des Berechtigten, um deren willen mit dessen Tode die auf die Anfechtung des Testaments gerichtete Querel untergeht, beruht zwar zum Theil darauf, daß die Rescission des Testaments auf Grund der gesetzlichen Erbberechtigung des Notherben gefordert wird, diese aber bei nicht erworbener Erbschaft nicht auf die Erben übergeht; allein mindestens eben so sehr hat an jener Erscheinung die Thatsache Theil, daß die Querel Genugthuung für die dem Notherben durch Vorenthaltung des Pflichttheils zugefügte Kränkung fordert. Und diesen nächsten Zweck wird man auch der querella inofficiosae donationis zuschreiben dürfen: er aber muß auch bei ihr das Erlöschen mit dem Tode des Berechtigten zur Folge haben. Es ist begreiflich, daß uns die Quellen, die uns den Anspruch als einen nur in allgemeinen Zügen ausgeführten darbieten, bei dieser Frage im Stich lassen. Aber Spuren, in denen jene Richtung auf Genugthuung für erlittene Kränkung hervortritt, sind das Wegfallen des Anspruchs, wo die Ausschließung eine gerechtfertigte, die Kränkung sonach eine verdiente ist, sodann die unter 1 dargelegte weite Ausdehnung des Begriffs der Anerkennung als Aufhebungsgrundes des Anspruchs.

Die Erwägungen, zu denen uns soeben die erste Frage Veranlassung gab, kehren wieder bei der Untersuchung über die Möglichkeit, den Anspruch durch Vorbereitung den Erben des Berechtigten zu erhalten. Auch der Präparation hatten wir eine doppelte Bedeutung zuzuschreiben: sie stellt eine auf die gesetzliche Erbfolge bezügliche Erwerbshandlung dar, und sie ist Aeußerung des Willens des Notherben, die in der Ausschließung von der Erbschaft liegende Kränkung zu verfolgen[9]). Eben dieses zweite Moment kann sich in unserm Fall geltend machen; dasselbe muß genügen, um der Vorbereitung die Kraft zu verleihen, den Erben des Pflichttheilsberechtigten den Anspruch zu sichern.

C. Eine letzte Frage ist, ob die Klage wegen liebloser Schenkung gleich der querella inofficiosi testamenti subsidiäres Rechtsmittel ist, und ob man die Subsidiarität in dem weiten Sinne zu nehmen

Juni 1857 (Seuffert 17. 76). Vergl. auch Mühlenbruch S. 127. Arndts II S. 650.

[9]) Vergl. § 56 unter II.

hat, wie ſolcher in Anwendung auf dieſen zweiten Anſpruch im § 57 unter I. dargelegt wurde. Beides iſt mit der herrſchenden Meinung zu behaupten, man darf auch auf dieſem Punkte der Analogie der verwandten Klage folgen[10]). Indeſſen ſcheint hier der Zweifel, ob die Subſidiarität eine abſolute ſei, an l. 4 C. de inoff. donat. 3. 29 Nahrung zu finden[11]). Diocletian und Maximian reſcribiren einer Mutter, wenn ihr Sohn ſein Vermögen durch übermäßige Schenkung erſchöpft habe, aus ſeiner Perſon aber der Anſpruch auf Wiedereinſetzung in den vorigen Stand ſich begründen laſſe, ſo könne ſie (als Erbin des Sohnes) beim Provincialſtatthalter Aufhebung der Schenkung erlangen. Daran ſind die Schlußworte angehängt:

— ideoque non est tibi *necessarium* adversus immodicas donationes auxilium ad instar inofficiosi testamenti.

Darf man nun hier das „necessarium" prüfen, um zu beweiſen, daß die Querel der begründeten Wiedereinſetzung in den vorigen Stand ungeachtet zuläſſig ſei? Dann freilich würde die Subſidiarität nur beſagen, daß die Querel zur Ergänzung der Lücken des formellen Notherbenrechts beſtimmt ſei. Forſcht man jedoch nach, wie jener Schlußſatz entſtanden iſt, ſo wird man Anſtand nehmen müſſen, auf ihn Gewicht zu legen. Wir beſitzen die Conſtitution, aus welcher die l. 4 C. cit. herſtammt, vollſtändiger in Vat. fragm. 282; allein hier behandelt ſie, wenn auch die Ausdrücke „immodica liberalitas", „immodica donatio" wiederkehren, nur die Frage der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand, der ganze vorſtehend abgedruckte Schlußſatz fehlt in den Vaticaniſchen Fragmenten. Es ſcheint mir gewiß, daß er Zuſatz der Compilatoren iſt; über ſeine Entſtehung wird ſich Folgendes vermuthen laſſen. Die von Diocletian gewählten Ausdrücke mußten den Gedanken nahe legen, das Reſcript in den Titel de inofficiosis donationibus aufzunehmen: um daſſelbe auch ſachlich hierzu tauglich zu machen, fügte man den Schlußſatz an.

Jedenfalls muß die Rückſicht auf die Entſtehung des Satzes das Urtheil begründen: wenn Juſtinian das Reſcript ſagen läßt: „Du bedarfſt der Querel nicht," ſo hat er damit die Frage nicht

[10]) Vergl. Glück 7 S. 179 bei Anm. 71, wo ältere Schriftſteller genannt werden; Schneider, die allg. ſubſidiären Klagen S. 482 ff. Arndts II S. 650. Vangerow II § 482 unter II z. A. und das in Anm. 8 citirte Erk. des O.-G. zu Wolfenbüttel.

[11]) Dies wird hervorgehoben bei Windſcheid III § 586 Anm. 14.

berührt, ob die Mutter auf Verlangen zur Querel zugelaſſen werde[12]).

§ 66.

III. Die querella inofficiosae dotis und die Verletzung des Pflichttheils durch läſtige Rechtsgeſchäfte.

I. Gleich dem bisher betrachteten Anſpruche wegen pflichtwidriger Schenkung iſt die *querella inofficiosae dotis* eine Nachbildung der Klage aus liebloſem Teſtament, und auch ſie dient zu deren Ergänzung. Auf dieſe Querel bezieht ſich nur Eine Stelle der Juſtinianiſchen Rechtsſammlung, — die folgende l. un. C. de inoff. dot. 3. 30 von Conſtantius (a. 358):

> Cum omnia bona a matre tua dote dicantur exhausta, concordare legibus promptum est, ut *ad exemplum inofficiosi testamenti* adversus dotem immodicam exercendae actionis copia tribuatur et filiis conquerentibus emolumenta debita deferantur.

Der Text des Geſetzes, wie er jetzt lautet, iſt von den Compilatoren aus l. 1 C. Th. eod. 2. 21 (Conſtantius) und l. 2 eod. (Conſtantius und Julianus) zuſammengeſetzt, indem die Beſtimmung des Rechtsfalls im Eingang — Beſtellung einer Dos für die eigne Ehe Seitens einer Frau, die damit den Pflichttheil ihrer Kinder verletzt, — aus l. 2 cit., der übrige Inhalt der Vorſchrift aus l. 1 eod. entnommen iſt[1]). — Uebrigens iſt die Querel gegen jede den Pflichttheil ſchmälernde Beſtellung einer Dos zu erheben, auch wenn die Dos für die Ehe eines Andern, z. B. Seitens eines Aſcendenten für die Ehe eines Deſcendenten, beſtellt iſt.

In den materiellen Rechtsgrundſätzen ſtimmt der Anſpruch mit der Querel wegen pflichtwidriger Schenkung überein, es kehren daher die gleichen Fragen wieder, die wir oben in Anwendung auf dieſe Schenkung erörtert haben. Die zu dem Anſpruch *berechtigten Perſonen* ſind eben die, welche wegen pflichtwidriger Schenkung klagen können. Dabei ſcheint man eine ſelbſtändige Unterſuchung darüber, ob die Klage einem *nachgebornen* Notherben zu gewähren iſt, noch nicht angeſtellt zu haben, und doch dürfte die Be-

[12]) Schneider a. a. O. S. 485 legt das „Nichtnöthigſein" ſo aus, daß darum die Querel auch nicht zugelaſſen werde. Auch Arndts a. a. O. Anm. 408 beruft ſich für die ohne Einſchränkung von ihm behauptete Subſidiarität auf die l. 4 C. cit.

[1]) Näher erörtert bei Glück 7 S. 182 f. Anm. 81.

jahung grade an der l. un. C. cit. einen ſtarken Anhalt finden. Ich führe dies am Schluſſe meiner Bemerkungen über die Klage aus.

Weiter erheben ſich auf dieſem Gebiet die Fragen, ob die Querel abſichtliche Verletzung des Pflichttheils fordert[2]), und ob ihr Gegenſtand ſich auf den Pflichttheil der Notherben beſchränkt. Die vorhin bezeichneten ſpärlichen Aeußerungen der Quellen enthalten überall nichts, was uns beſtimmen könnte, hier von den in Anwendung auf die querella inoff. donationis vertheidigten Anſichten abzuweichen.

Auch bezüglich der Lehren, die wir bei der querella inofficiosae donationis im § 65 in's Auge faßten, ſind durchweg die dort gewonnenen Ergebniſſe feſtzuhalten. Der Anſpruch fällt ſonach weg, wenn in der Perſon des Notherben ein Grund vorliegt, um deſſen willen die Ausſchließung vom Pflichttheil verdient erſcheint, — er erliſcht, wenngleich bereits entſtanden, durch Verzicht, fünfjährige Verjährung, Verſterben des Berechtigten vor erfolgter Vorbereitung; — endlich iſt auch unſere Klage eine ſubſidiäre.

Eben im Hinblick auf die Subſidiarität pflegt man auszuführen, daß die Querel nach dem Recht der jüngſten Kaiſerzeit ſich in einer Reihe von Anwendungen nicht mehr geltend machen kann, indem hier auf andre Weiſe für das Intereſſe der Notherben geſorgt iſt. Die bezüglichen Fälle werden von Francke und Mühlenbruch[3]) im Einzelnen erörtert. So wird z. B. hervorgehoben, daß die Querel ausgeſchloſſen bleibt, wenn die ſich wieder verheirathende Mutter ihrem zweiten Ehemann als Dos mehr zugewendet hat, als Demjenigen unter ihren Kindern erſter Ehe zukommt, welches von ihr am wenigſten erhält: in dieſem Falle ſei durch die ohne Weiteres begründete Nichtigkeit des das Maß überſchreitenden Theils der Zuwendung genügend für die Notherben geſorgt. Ich ſehe von einer Aufzählung dieſer Fälle ab: eine beſſere Einſicht in das Weſen der Querel, insbeſondere in deren ſubſidiäre Natur, gewähren ſie nicht, und an ſich ſind ſie den einzelnen Lehren zu überlaſſen, aus denen man ſie herbeigezogen hat. Nur inſoweit werden im Folgenden einige derſelben berührt, als ſie für die Erläuterung der vorhin mitgetheilten l. un. C. de inoff. dot. 3. 30 Bedeutung haben. Auf

[2]) Glück a. a. O. S. 189.

[3]) Francke S. 538—540 (wo übrigens nur bemerkt wird, die Klage ſei in den bezeichneten Fällen nicht mehr nothwendig). Mühlenbruch S. 131—133.

dieſe Stelle gehe ich jetzt ein, da ihre Betrachtung für die Beantwortung der oben ausgeſetzten Frage nach der Zulaſſung nachgeborner Notherben zur Querel von Bedeutung iſt.

Eine ältere Meinung, deren Vertreter bei Glück (S. 184) angegeben ſind, wollte die l. un. C. cit. von einer Mutter verſtehen, die ihr ganzes Vermögen dem zweiten Ehemann zum Nachtheil der Kinder erſter Ehe als Dos mit der Beſtimmung zuwendete, daß er daſſelbe nach ihrem Tode behalten ſollte. Die dafür beigebrachten Gründe waren ohne Gewicht. Denn der Inhalt der l. 2 C. Th. de inoff. dot. 2. 21, der zur Erläuterung der l. un. C. cit. dienen ſollte, iſt mit dieſer (abgeſehen von den durch die Compilatoren entlehnten einleitenden Worten) nicht verwandt. Und wenn man gegen die Beziehung auf die von der Frau dem erſten Manne unter gleicher vertragsmäßiger Beſtimmung beſtellte Dos geltend machte, daß die in dieſer Ehe erzeugten Kinder ja ohnehin den Vater beerbten, ſo kann begreiflich dieſe Thatſache gegenüber der Erbberechtigung am mütterlichen Nachlaß nicht in Betracht kommen. Umgekehrt erſcheint die Beziehung auf die dem zweiten Ehegatten in der angegebenen Weiſe beſtellte Dos vom Standpunkt des Juſtinianiſchen Rechts beſtimmt ausgeſchloſſen. Hier ſteht bei Berückſichtigung der Subſidiarität der Querel der ſchon oben berührte Satz im Wege, daß der zur zweiten Ehe Schreitende dem zweiten Ehegatten nicht mehr zuwenden kann — die Wittwe namentlich auch nicht als Dos —, als das am geringſten bedachte Kind erſter Ehe von ihm erhält, mit Ausnahme von Kindern, die ſich eines Enterbungsgrundes ſchuldig gemacht haben[4]). Jede dieſes Maß überſchreitende Zuwendung iſt nichtig[5]). Sind alſo auf dieſem Wege die Kinder erſter Ehe gegen eine auf den Titel der Dos erfolgende, ihren Pflichttheil beeinträchtigende Zuwendung der Mutter an den zweiten Ehegatten vollkommen geſichert — wirkſamer ſogar, als es durch die Querel geſchehen kann —, ſo iſt dieſe damit ausgeſchloſſen[6]). Man wird nicht ſagen wollen, daß man bei der Auslegung der von Conſtantius herrührenden l. un. C. cit. von jener mit Leo und Anthemius be-

[4]) Dafür an Geſetzen, die für die Auslegung der l. un. C. cit. erheblich ſind, l. 6 pr. C. de sec. nupt. 5. 9 (Leo und Anthemius, 478). l. 9 pr. C. eod. (Juſtinian, 529.) l. 10 C. eod. (Juſtinian, 529).

[5]) l. 6 pr. in f. C. cit.

[6]) Vergl. das oben im Text hinter Anm. 3 Geſagte.

ginnenden, daher jüngeren Rechtsentwicklung (Anm. 4) absehen könne: denn abgesehen davon, daß in Justinian's Rechtssammlung alle in Frage stehenden Constitutionen neben einander gestellt sind, ist an die obige Bemerkung zu erinnern, daß die einleitenden Worte der l. un. C. cit., welche allein die Beziehung der Stelle auf die von der Mutter des Notherben für ihre eigne Ehe bestellte Dos herstellen, erst von den Compilatoren eingerückt sind.

Es bleibt hiernach nur übrig, daß man die l. un. C. cit. auf die Bestellung einer Dos Seitens der Mutter für eben die Ehe bezieht, aus welcher die pflichttheilsberechtigten Kinder stammen. Dabei konnte mit dem Tode der Frau nach dem Recht vor der l. un. § 6 C. de rei uxor. act. 5. 13 eine Verletzung des Pflichttheils der Kinder eintreten, ohne daß es eines Vertrags bedurfte, auf Grund dessen der Mann die Dos zu behalten hatte; seit der l. un. § 6 C. cit. hat man einen solchen Vertrag hinzuzudenken[7]). Ist nun aber der Fall, auf welchen die Worte der l. un. § 6 C. cit. an erster Stelle hinweisen, in solcher Weise zu bestimmen, so kann man nicht umhin, die Querel auch den nachgebornen Notherben des Bestellers der Dos zu verleihen. Denn unmöglich läßt sich vom Gebiet der allgemein lautenden l. un. C. cit. der Fall ausschließen, wenn die Frau die übermäßige Dos bei Eingehung der Ehe, damit zu einer Zeit bestellt, wo Kinder aus dieser Ehe, die sich doch eben der Querel zu bedienen haben, noch nicht am Leben sind. Daß grade in dem hier vorausgesetzten Falle, wo die Frau sich bei Eingehung der Ehe ihres Vermögens ganz oder zum größten Theil beraubt, das von mir behauptete Erforderniß willentlicher Kränkung des Pflichttheilsanspruchs der nachgebornen Kinder vollkommen gegeben ist, habe ich im § 61 unter I g. E. (S. 512) dargelegt.

II. Als eine Anwendung der *querella inofficiosae donationis* stellt sich die Anfechtung eines lästigen Rechtsgeschäfts unter Lebenden dar, in welches eine Schenkung eingeflochten ist. Die Möglichkeit der Anfechtung solcher Geschäfte, soweit sie Schenkungen sind, wird

[7]) Daß nach Novellenrecht (Nov. 98 Kap. I. Nov. 127 Kap. III) die Kinder auch einem solchen Vertrage gegenüber anders als durch das Mittel der Querel gesichert sind, interessirt bei unsrer an die l. un. C. de inoff. dot. 3. 30 anknüpfenden Untersuchung nicht. Diesen Punkt behandeln Francke S. 539. Mühlenbruch S. 132 f., — Beide in dem bei Anm. 3 angegebenen Zusammenhange.

in den Quellen nicht speciell erwähnt; auch so aber kann sie nicht bestritten werden. Auch hat sie sowohl in der Theorie Anerkennung gefunden[8]), wie in einer Reihe oberstrichterlicher Entscheidungen der neueren Zeit. Hauptsächlich sind es nach diesen Urtheilen Gutsverkäufe und bäuerliche Gutsabtretungen gewesen, bei denen die Zulässigkeit der Anfechtung wegen Verletzung des Pflichttheils der Kinder zur Anerkennung gekommen ist[9]); als Klage wird in allen Erkenntnissen die querella inofficiosae donationis theils ausdrücklich theils nach dem Inhalt der veröffentlichten Ausführungen vom Gericht in's Auge gefaßt[10]).

Aus der Natur der vorliegenden Veräußerung als eines aus lästigem Rechtsgeschäft und Schenkung gemischten Contracts ergibt sich, was schon oben angedeutet wurde, daß eine Anfechtung (innerhalb der Grenzen des dem Kläger entzogenen Pflichttheils) nur insoweit zulässig ist, als das Geschäft die Bedeutung einer Schenkung hat[11]). Der Umfang der Schenkung ist durch Schätzung von Leistung und Gegenleistung zu ermitteln.

Die oben bei der Darstellung des Rechts der querella inoff.

---

[8]) Francke S. 540—544. Mühlenbruch S. 133—137. Früher stritt man wegen des zur Anwendung zu bringenden Rechtsmittels: die eine Ansicht entschied sich für unsre Querel, eine andre Meinung wollte die Fabiana und Calvisiana analog angewandt wissen. Vergl. die Angaben bei Glück 7 S. 195 f. (Glück selbst folgt noch der zweiten Ansicht).

[9]) So a. Erk. des O.-A.-G. zu Dresden vom 25. Juli 1848, Seuffert 3. 356 (Ueberlassung des elterlichen Anwesens an eins der Kinder). b. Erk. des O.-Trib. zu Stuttgart vom 14. Dec. 1849, Seuffert 4. 137 (Verkauf des Guts mit ausbedungener Pfründe für den Verkäufer). c. Erk. des O.-A.-G. zu Kiel vom 16. Aug. 1854, Seuffert 9. 193 (bäuerliche Gutsabtretung). d. Erk. des O.-G. zu Wolfenbüttel vom 9./16. Juni 1857, Seuffert 17. 76 (Hofverlaßcontract zwischen Vater und Sohn über die väterlichen Grundstücke mit Inventarien). e. Erk. des O.-A.-G. zu Jena von 1862, Seuffert 23. 152 (hier wird nur von Veräußerungen unter Lebenden gesprochen, welche titulo oneroso geschehen sind).

[10]) Das Erk. in Anm. 9 unter e (Jena) spricht von der querella inofficiosi testamenti, — offenbar in Folge eines Druckfehlers. — Das Erk. unter a (Dresden) ist nach meinem Dafürhalten im Unrecht, wenn es das Bewußtsein des Veräußerers vom Mehrwerth des Kaufgegenstandes, damit die Absicht, den Käufer zu begünstigen, für unwesentlich erklärt. Das Urtheil zweiter Instanz hatte dieses subjective Erforderniß entsprechend dem Wesen der Schenkung mit Recht betont.

[11]) So Kiel und Wolfenbüttel, Anm. 9 unter c. und d. Hierin stimmt auch überein das Erk. des O.-A.-G. zu Darmstadt vom 5. Januar 1842 Seuffert 4. 138.

donationis entwickelten einzelnen Grundſätze ſind ohne Bedenken auf die vorliegende Anwendung zu übertragen. Insbeſondere iſt auch hier zu ſagen, daß ein Anſpruch des Notherben nur ſtattfindet, wenn deſſen Pflichttheil zur Zeit des Vertragsſchluſſes verletzt wurde, auch der Pflichttheil demnächſt nicht voll aus der Erbſchaft — bei Zurechnung des unentgeltlich weggegebenen Vermögenswerths — gewährt wird.

Fünfter Theil: Die anomalen Pflichttheilsrechte des arrogirten Unmündigen und der armen Wittwe.

§ 67.

A. Pflichttheilsberechtigung des arrogirten Unmündigen *).

Die nach früherem Recht unzuläſſige Arrogation eines Unmündigen (impubes) wurde durch eine Conſtitution von Pius unter beſtimmten Vorausſetzungen für zuläſſig erklärt[1]). Als Folge aber wurde an ſie eine eigenthümliche Pflichttheilsberechtigung des Arrogirten geknüpft, — der Anſpruch auf die ſ. g. *quarta Divi Pii*. Der Arrogirte hat danach den vierten Theil vom Vermögen des Arrogator zu fordern, bemeſſen nach dem bei deſſen Tode vorhandenen Beſtande. Dieſer Anſpruch iſt durch Enterbung überall nicht, durch Emancipation nur dann zu entziehen, wenn dieſe aus gerechtem, vom Richter nach zuvoriger Prüfung gebilligtem Grunde erfolgt. So § 3 J. de adopt. 1. 11:

Cum autem impubes per principale rescriptum adrogatur, causa cognita adrogatio permittitur —. sed *et si decedens pater eum*

*) Francke S. 470—481. Vangerow I § 252 Anm. Sintenis III § 139 unter I. 2. b. Arndts II S. 641. 642. Köppen, Syſt. I S. 133—137. Syſt. des heutigen röm. Erbrechts im Grundriß § 89. Windſcheid III § 593 verbunden mit § 574 unter 2.

[1]) Gaj. I. 102 verb. mit 101. Ulp. 8. 5. — Vergl. dann wegen der hier nicht zu erörternden Vorausſetzungen § 3 J. de adopt. 1. 11. l. 18—20 D. eod. 1. 7. Vangerow a. a. O. im Eing. — Wenn Kuntze, Curſ. § 753 die dem Arrogirenden obliegende Sicherheitsleiſtung auf die Quart ausdehnt, ſo iſt das beſtimmt ungerechtfertigt. Den Grund, um deſſen willen eine ſolche Ausdehnung nicht erfolgt iſt (l. 4 C. de inut. stip. 8. 39), hat ſchon *Schrader* ad § 3 J. cit. verb. jubetur hervorgehoben. Vergl. auch Francke S. 471.

exheredaverit vel vivus sine justa causa eum emancipaverit, jubetur *quartam partem* ei suorum bonorum relinquere[2]) —.

Jene Fälle der Enterbung wie der Emancipation ſind etwas näher zu betrachten. Francke hat gemeint (S. 474), nur der willkürlich Enterbte, nicht aber der, welcher die Enterbung durch ſchlechtes Betragen verdient habe, könne die Quart fordern. Dem tritt mit Recht die heutige Wiſſenſchaft entgegen[3]). Schon die Faſſung des § 3 J. cit. iſt klar genug: die Stelle verlangt den Mangel einer justa causa nur bei der Emancipation; im Fall der Enterbung wird das Recht auf den vierten Theil des Vermögens ſchlechthin gewährt. Zur Beſtätigung dient Paul. l. 13 pr. D. si quid in fraud. 38. 5:

Constitutione divi Pii cavetur de impubere adoptando, ut ex bonis, quae mortis tempore illius qui adoptavit fuerunt, pars quarta ad eum pertineat qui adoptatus est —: si causa cognita emancipatus fuerit, quartam perdit. —

Auch hier wird Entziehung der Quart einzig in dem Falle geſtattet, wenn der Unmündige aus einem für zulänglich befundenen Grunde aus der Gewalt entlaſſen wird. Der leitende Gedanke iſt klar genug. Die Arrogation des Unmündigen iſt in deſſen Intereſſe möglichſt mit ſichernden Vorſchriften umgeben: dahin gehört auch, daß die ihm nun gewährte Pflichttheilsberechtigung nicht ſoll verkürzt werden können, ſo lange das Gewaltverhältniß beſteht, demnach nicht durch Enterbung. Glaubt der Adoptivvater, daß der Arrogirte des Erwerbs eines Theils ſeines Nachlaſſes unwerth ſei, ſo muß er die geknüpften Familienbande löſen, nachdem er dem Richter das Vorhandenſein eines zureichenden Grundes nachgewieſen hat.

Auch der Emancipation gegenüber wird dem Kinde der Anſpruch auf die Quart allgemein — bei teſtamentariſcher wie geſetzlicher Erbfolge — zugeſtanden[4]). Grade hier bedurfte es vor Allem einer Anordnung des Rechts, da die Emancipation nicht blos das Kindesverhältniß, ſondern jede verwandtſchaftliche Beziehung, damit auch jede Erbberechtigung gegenüber dem arrogirenden Vater zerſtört.

---

[2]) Vergl. dazu l. 13 pr. D. si quid in fraud. 38. 5. l. 2 C. de adopt. 8. 48.

[3]) Vangerow a. a. O. unter 1. Sintenis a. a. O. unter 1 (S. 115 der 1. Ausg.). Arndts S. 643. Köppen, Grundriß S. 84. Windſcheid § 593 Anm. 4.

[4]) § 4 J. cit. l. 2 C. de adopt. 8. 48.

Ich gehe über zur Beſtimmung des Pflichttheils. Wenn dieſer von Pius auf ein Viertel des beim Tode des Arrogirenden vorhandenen Vermögens feſtgeſetzt wurde[5]), ſo mußte damit zur claſſiſchen Zeit — das hat man oft genug bemerkt — in der Mehrzahl der Fälle der wirkliche Pflichttheil des jus commune getroffen werden. Denn da beim Arrogirenden der Regel nach ein Alter von 60 Jahren und Kinderloſigkeit gefordert, auch dem Einzelnen nur eine einmalige Arrogation geſtattet wird, ſo wird das arrogirte Kind meiſt der einzige geſetzliche Erbe ſein. Trotzdem iſt jene Feſtſetzung des Pflichttheils eine ſelbſtändige Beſtimmung des Rechts. Weil ein für alle Mal auf den von Pius vorgeſchriebenen Vermögenstheil bemeſſen, kann die Quart nicht Theil des geſetzlichen Erbtheils ſein, wie ſie denn auch beim gänzlichen Mangel geſetzlicher Erbberechtigung — im Fall der Emancipation — zu beanſpruchen iſt[6]). Ebenſowenig hat dieſer Pflichttheil durch die Nov. 18 eine Veränderung erfahren[7]).

Die Natur der in Rede ſtehenden Berechtigung liegt in den Quellen beſtimmt ausgeſprochen vor: die Quart iſt kein Erbtheil[8]), ſondern ein perſönlicher Anſpruch an die Erben des Arrogator[9]), ſie wird kraft geſetzlichen Vermächtniſſes gefordert. Immerhin iſt es ein Bruchtheil des Vermögens, der dem Arrogirten gebührt; daher wird zur Auseinanderſetzung mit den Erben die Erbtheilungsklage (utiliter) verliehen[10]). Die Forderung entſteht, dies zeigt die Natur des Anſpruchs als einer Vermächtnißforderung, erſt mit dem Tode des Arrogirenden, der deshalb vom Kinde erlebt ſein muß[11]); trifft dieſe Vorausſetzung zu, ſo iſt der Uebergang auf die Erben des Arrogirten

[5]) l. 13 pr. cit. und die Stellen der vorigen Anm.

[6]) Francke S. 472.

[7]) Dafür hat man mit Recht auf Nov. 18 Kap. I a. E. verwieſen: — Hoc observando in omnibus personis, in quibus ab initio *antiquae quartae ratio de inofficioso lege decreta est.*

[8]) Ulp. l. 2 § 1 D. fam. erc. 10. 2: — quia hic neque heres neque bonorum possessor fit —.

[9]) Ulp. l. 1 § 21 D. de collat. 37. 6: — quaestio in eo est, an heredi suo relinquat *quartae actionem* an non. et magis est, ut ad heredem transferat, *quia personalis actio est* —. l. 8 § 15 D. de inoff. 5. 2.

[10]) l. 2 § 1 D. cit.: — utile erit familiae erciscundae judicium necessarium.

[11]) Ueber eine ältere, noch von Glück (VII S. 26) getheilte Anſicht, daß der Arrogirte ſchon bei Lebzeiten des Arrogator ein Recht auf die Quart erworben habe, Francke S. 478 f.

gesichert[12]). Da jede Verwandtschaft des bei Nichthinterlassung der Quart eintretenden Anspruchs mit der querella inofficiosi testamenti fehlt, so kommt nicht die fünfjährige Verjährungsfrist der Querel, sondern die gewöhnliche Frist von 30 Jahren zur Anwendung.

Noch ist für die Bestimmung des Wesens dieser eigenthümlichen Pflichttheilsberechtigung deren Verhältniß zum gemeinen Notherbenrecht anzugeben. Noch Francke[13]) folgt der Ansicht älterer Schriftsteller, wonach der arrogirte Unmündige notherbrechtlichen Schutz lediglich in der ihm durch Pius zugewiesenen Quart finden, daher weder am formellen Notherbenrecht Theil haben, noch zur querella inofficiosi testamenti gelangen sollte. Diese Ansicht scheint in der heutigen Theorie, vornehmlich in Folge des Angriffs von Vangerow[14]), völlig aufgegeben zu sein. Ohne Zweifel widerspricht sie, wie Vangerow betont, dem Geiste der Verordnung von Pius: diese will den Unmündigen günstiger stellen, und doch wäre seine Lage bei Versagung der im gemeinen Notherbenrecht gegebenen Hülfe weit weniger vortheilhaft, als die anderer Notherben.

Auch aus anderen Gründen aber ist jene Meinung zu verwerfen. Zunächst am formellen Notherbenrecht ist dem arrogirten Unmündigen die Theilnahme schon darum nicht zu versagen, weil die Quellen darüber schweigen: mit Rücksicht hierauf muß seine Eigenschaft als suus heres den Ausschlag geben[15]). — Die Querel wird einem solchen Unmündigen durch die in l. 8 § 15 D. de inoff. 5. 2 abgeschnitten[16]): immer aber darf auf diese hier näher zu betrachtende

[12]) l. 22 pr. D. de adopt. 1. 7. l. 1 § 21 D. de collat. 37. 6.

[13]) A. a. O. S. 476—478.

[14]) A. a. O. unter 2. Zustimmend die in Anm. 3 genannten Schriftsteller.

[15]) Ist er emancipirt, so bleibt er freilich, weil nicht zu den liberi gehörig, von der contra tabulas b. p. ausgeschlossen. Eben für diesen Fall aber wird auch das Recht auf die Quart besonders in den Quellen betont (Anm. 4.).

[16]) Mit Rücksicht auf die Ausführungen im Text setze ich die l. 8 § 15 cit. (Ulp.) hieher: Si quis impubes adrogatus sit ex his personis, quae et citra adoptionem et emancipationem queri de inofficioso possunt, hunc puto *removendum* a querella, cum habeat quartam ex constitutione divi Pii . quod si egit nec optinuit, an quartam perdat? et puto *aut non admittendum ad inofficiosum*, aut si admittatur, etsi non optinuerit, quartam ei quasi aes alienum concedendam. Beiläufig: indem der Jurist von einem „removere a querella", einem „non admittere ad inofficiosum" und nicht von einem „denegare actionem" spricht, weist er deutlich auf das Verfahren mit legis actio hin. Hier begegnet uns also jedenfalls für Ulpian's Zeit ein Nichtzulassen des lege agere, wie es von

Stelle nicht (mit Francke S. 474 ff.) der Satz gebaut werden, daß der Unmündige lediglich darauf angewiesen wäre, seine Quart vom eingesetzten Erben einzuklagen. Vielmehr wird sich zeigen, daß in einer gewissen, wenn auch sehr kurzen Periode selbst eine Querel des Unmündigen möglich war. Ohne Zweifel hat Ulpian einen Arrogirten im Auge, der vom neuen Gewalthaber wieder emancipirt ist[17]). Darauf weist schon die äußere Fassung hin (— ex his personis, quae et citra adoptionem *et emancipationem* queri de inofficioso possunt —); mit voller Sicherheit aber ergibt es sich aus dem Thatbestande. Ulpian bespricht die Arrogation eines unmündigen leiblichen Descendenten, der auch abgesehen von aller Arrogation zur Querel berechtigt sein würde: das kann nur zu dem Zweck geschehen, um für die Zeit nach der Emancipation das Verhältniß dieses Querelrechts zum Anspruch auf die Quart zu bestimmen. Denn so lange der Arrogirte in der neuen Familie bleibt, hat er (abgesehen von der Einwirkung des Anspruchs auf die Quart) die Querel schon vermöge der Arrogation. — Wenn dann bemerkt wird, die Querel sei zu versagen, weil der Unmündige die Quart schon kraft der Constitution von Pius habe, so wird damit als Grund die subsidiäre Natur der Querel betont: diese gewährte ja zu Ulpian's Zeit nur ein Viertel des gesetzlichen Erbtheils, also nicht mehr als jene Quart. Eben um jener Begründung willen aber muß das Gleiche von jedem arrogirten Unmündigen gelten, der bis zum Tode des Gewalthabers in dessen Gewalt verblieben war.

Nun schuf die Erhöhung des Pflichttheils durch Nov. 18 ($^1/_3$ oder $^1/_2$ des gesetzlichen Erbtheils) die Möglichkeit, daß der dem Arrogirten zukommende regelmäßige descendentische Erbtheil mehr betrug, als die Quart. Wie hat man sich hier, abgesehen von der Nov. 115, das Verhältniß der beiden Systeme des Notherbenrechts zu denken? Auf keinen Fall konnte nach Inhalt der l. 8 § 15 cit. wie nach der Natur der Sache gleichzeitig die Quart und der regelmäßige descendentische Pflichttheil beansprucht werden. Auch das war schlechterdings ausgeschlossen, daß zunächst mit der entsprechenden

---

Karlowa, d. röm. Civ.-Proc. z. Zeit der Legisactionen S. 342—344 angenommen wird. Sollte das in der Zeit vor der lex Aebutia anders gewesen sein?

[17]) Das hebt Vangerow § 252 Anm. unter 2 mit Recht hervor; er geht nur darin zu weit, daß er der Entscheidung ausschließlich für diesen Fall Bedeutung beilegt. Vergl. dagegen Arndts S. 642. Windscheid § 593 Anm. 5.

Forderungsklage die Quart eingefordert, dann wegen des Restes die Querel erhoben wurde. Denn klagte der Unmündige vor durchgeführter Querel die Quart gegen den Testamentserben ein[18]), so hatte er damit das Testament anerkannt, folgeweise die Querel verloren. Umgekehrt war nach durchgeführter Querel vom Kläger ohne Weiteres der gesetzliche Erbtheil erworben, damit aber in dem vorausgesetzten Falle eines die Quart übersteigenden Pflichttheils die Verfolgung des Rechts auf die Quart ausgeschlossen. Sonach hatte der Unmündige in einem solchen Falle nur die Wahl zwischen beiden Ansprüchen.

Uebrigens hat die erörterte Frage nach dem Concurrenzverhältniß zwischen Querel und Quart keine Bedeutung für Diejenigen, welche mit uns der Meinung sind, daß das dem Notherben bei unterbliebener Erbeseinsetzung nach der Nov. 115 zur Seite stehende Rechtsmittel nicht die Querel ist. Dagegen kehrt eine durchaus ähnliche Frage vom Standpunkt des Rechts der Novelle für die von uns später zu vertheidigende Annahme einer Rescissibilität (s. g. relativen Nullität) der Erbeseinsetzung wieder. Und auch hier ist zu sagen, daß der arrogirte Unmündige sich frei darüber entscheiden kann, je nachdem es seinem Interesse entspricht, ob er mit Beseitigung der Erbeseinsetzung den gesetzlichen Kindeserbtheil in Anspruch nehmen oder die Erbeseinsetzung bestehen lassen und den Anspruch auf die Quart gegen die Testamentserben durchführen will. Liegt dagegen eine zwar der Einsetzungsvorschrift der Novelle genügende, im Uebrigen aber unzulängliche Erbeseinsetzung vor, so hat der Notherbe die Ergänzungsklage, mit der er je nach Lage des Falls die Erfüllung der Quart oder des höheren descendentischen Pflichttheils beanspruchen mag[19]).

Gründe, welche im einzelnen Fall den bisher erörterten Anspruch auf die Quart nicht entstehen lassen, sind die Emancipation aus einem zulänglichen, richterlich gebilligten Grunde und der Eintritt der Pubertät des Arrogirten. Von jenem ersten Grunde, den schon die Constitution von Pius selbst berücksichtigt, ist

[18]) Arg. l. 23 § 1. l. 32 § 1 D. de inoff. 5. 2.

[19]) Den hier ausgesprochenen Grundsatz einer Concurrenz der dem gemeinen Notherbenrecht entsprechenden Rechtsbehelfe mit dem Anspruch auf die Quart vertheidigen Bangerow a. a. O. Num. 2. Sintenis a. a. O. Anm. 45. Arndts S. 642 f. Windscheid III § 593 Anm. 5. A. M. Köppen, Grundriß S. 85.

früher die Rede gewesen[20]). Der andre Satz, daß die Aussicht auf die Quart erlischt, wenn der Arrogirte bei fortdauerndem Gewaltverhältniß mündig wird (pubes), hat zwar bei Francke Widerspruch gefunden[21]), er ist aber trotzdem festzuhalten. Schon oben wurde betont, daß der vorliegende Pflichttheilsanspruch erst mit dem Tode des arrogirenden Vaters entsteht: hat nun der Arrogirte vor diesem Zeitpunkt die Mündigkeit erreicht, so können die auf der Constitution des Pius beruhenden singulären Vortheile nicht mehr für ihn begründet werden; denn seine Lage ist nun keine andre, als die eines arrogirten Mündigen[22]).

Die Pflichttheilsberechtigung des arrogirten Unmündigen wird schon nach classischem Recht gegenüber den zu ihrer Verkürzung vom arrogirenden Vater ausgeführten Veräußerungen durch Uebertragung der zu Gunsten des patronatischen Pflichttheils im Edict aufgestellten Klagen — durch eine actio Fabiana und Calvisiana utilis — geschützt[23]). Es ist auch darin eine singuläre Begünstigung des in der Unmündigkeit Arrogirten zu finden: denn dem parens manumissor werden die gleichen Rechtsmittel ausdrücklich versagt nach Gaj. l. 2 D. si a parente 37. 12:

> Non usque adeo exaequandus est patrono parens, ut etiam Fabiana aut Calvisiana actio ei detur, *quia iniquum est ingenuis hominibus non esse liberam rerum suarum alienationem*[24]).

Auf diese Rechtsmittel ist hier nicht ausführlicher einzugehen[25]); nur die Grundzüge, bei denen ich vorerst von den actiones directae des Patrons rede, sollen hier nach Schmidt's Darstellung angegeben werden.

---

[20]) § 3 J. de adopt. 1. 11. l. 13 pr. D. si quid in fraud. 38. 5. — Ueber die Behandlung des eignen Vermögens des Arrogirten und des von diesem in der Zeit des bestehenden Gewaltverhältnisses gemachten Erwerbs vergl. § 3 J. de adopt. 1. 11.

[21]) A. a. O. S. 473.

[22]) So Bangerow a. a. O. unter 3. Sintenis Anm. 48. Windscheid § 574 Anm. 11.

[23]) Paul. l. 13 D. si quid in fraud. 38. 5: — si quid itaque in fraudem ejus alienatum fuerit, quasi per Calvisianam vel Fabianam actionem revocandum est.

[24]) Vergl. Schmidt, Pflichtth.-R. S. 153. — Danach bedarf der Berichtigung das bei Köppen, Grundriß S. 48 Gesagte.

[25]) Ich verweise wegen des Weiteren auf die Darstellung von Schmidt a. a. O. 93—124.

Erforderlich ist zur Begründung der einen wie der andern Klage ein Handeln des Freigelassenen zur Schmälerung des dem Patron gebührenden Pflichttheils[26]), damit eine Vermehrung des fremden Vermögens durch Verminderung des eignen[27]). Unter den in den Quellen dargebotenen Anwendungen tritt neben der Schenkung unter Lebenden[28]) und solchen lästigen Veräußerungsgeschäften, in welche eine Schenkung hineingezogen ist[29]), abweichend vom Recht der querella inofficiosae donationis auch die Schenkung auf Todesfall auf[30]). Die beschriebene Handlung muß vom Freigelassenen ausgeführt sein in der Absicht, den Pflichttheil des Patrons zu kürzen[31]), sie muß auch den Erfolg herbeiführen, daß der volle Pflichttheil, berechnet nach dem Vermögensbestande vor der Veräußerung, nicht mehr in den Händen des Veräußerers zurückbleibt[32]). Wächst dann nicht noch bis zum Tode des Freigelassenen das Vermögen dergestalt, daß aus demselben der angegebene Pflichttheil und die Pflichttheilsquote vom Zuwachs gewährt werden kann[33]), so entsteht mit dem Zeitpunkt des Todes die Rückforderung zu Gunsten des Patrons oder seiner im concreten Fall zur Erbfolge gelangenden Kinder[34]), — die actio Fabiana bei testamentarischer, die actio Calvisiana bei gesetzlicher Erbfolge[35]). Auch so jedoch ist noch Bedingung des Anspruchs im ersten Fall, daß der Patron (wenn nicht zum Universalerben eingesetzt) die bon. poss. contra tabulas erbittet, im zweiten, daß er den Erbschaftsantritt erklärt[36]). Beklagter ist,

[26]) l. 1 pr. § 3 D. si quid in fraud. 38. 5.

[27]) l. 1 § 6. 7 l. 10 D. eod.

[28]) Vergl. z. B. l. 5 pr. l. 6 D. eod.

[29]) l. 1 § 9. 12. 13 D. eod.

[30]) l. § 1. 2. 11. l. 3 pr. D. eod. Vergl. die ausführliche Darstellung bei Schmidt S. 100—105; insbesondere darüber, ob die Klagen auch gegen Vermächtnißnehmer zustehen, dens. S. 102 f. Anm. 20.

[31]) l. 1 pr. § 4. l. 3 § 3 l. 4. pr. D. eod.

[32]) l. 3 § 5 D. eod.

[33]) Denn immer gilt auch hier der Satz, daß der Pflichttheil beim Tode geschuldet wird; nur hat der Umstand, daß die unter Lebenden ausgeführte Veräußerung zur Zeit ihrer Vollziehung den Pflichttheil schmälert, die Folge, daß der veräußerte Vermögenswerth jedenfalls zum Vermögen hinzugerechnet wird.

[34]) Paul. III. 3. l. 1 § 7 D. si quid in fraud. 38. 5. — Art der Theilung: l. 3 § 4. l. 4 § 1 D. eod.

[35]) l. 3 § 2. 3 D. eod.

[36]) l. 3 pr. § 2. 3 D. eod.

wem die bereichernde Zuwendung durch das den Pflichttheil verletzende Rechtsgeschäft gemacht ist[37]; dabei bleibt unberücksichtigt, ob derselbe um die auf die Verletzung gerichtete Absicht des Veräußerers gewußt hat[38]. Um dieses letzteren Umstands willen beschränkt sich seine Haftung auf die Bereicherung[39], — mit Einschluß der von ihm gezogenen Früchte[40]. Im Uebrigen finden die Klagen ihre Grenze in dem am Pflichttheil des Patrons fehlenden Betrage[41]. Beide Klagen gehen activ wie passiv auf die Erben über und unterliegen der regelmäßigen Verjährung[42].

Die hier angegebenen Grundsätze sind auf die dem arrogirten Unmündigen utiliter verliehenen Ansprüche ohne Bedenken zu übertragen; nur kann Erwerb der Erbschaft des Arrogirenden durch den Unmündigen nicht gefordert werden, da die Quart des Unmündigen die Bedeutung eines Erbtheils nicht hat.

§ 68.

B. Das Pflichttheilsrecht der armen Wittwe*).

I. Durch Justinian ist der nicht dotirten, auch sonst bedürftigen Wittwe des vermögenden Erblassers eine gesetzliche Erbberechtigung verliehen, welche die Wittwe aus der hinter allen Verwandten stehenden prätorischen Erbclasse Unde vir et uxor heraushebt und allen im einzelnen Fall gerufenen Erben an die Seite stellt. Die arme Wittwe erhält den vierten Theil der Erbschaft, neben drei oder mehreren Kindern des Erblassers nur einen Kopftheil, auf keinen Fall aber mehr als 100 Pfund Gold: wird sie neben eignen Kindern aus der Ehe mit dem Erblasser gerufen, so erhält sie an dem bezeichneten Vermögenstheile nur den Nießbrauch, während die Proprietät diesen Kindern zufällt[1].

---

[37]) l. 1 § 16. 19. 20. l. 5 pr. l. 12 D. eod. Das Einzelne bei Schmidt S. 114 Anm. 54.

[38]) l. 1 § 4. 12. 24 D. eod.

[39]) l. 10 D. eod.

[40]) l. 1 § 28. l. 2 D. eod. l. 38 § 4 D. de usur. 22. 1.

[41]) l. 1 § 11 D. si quid in fraud. 38. 5. l. 1 C. eod. 6. 5. l. 6 D. de probat. 22. 3.

[42]) l. 1 § 26 l. 3 § 1 D. si quid in fraud. 38. 5.

*) Francke S. 481 f. Vangerow II § 488. Windscheid § 593, verbunden mit § 574 Num. 1. Vergl. auch Arndts, civ. Schriften II S. 61—63 und S. 641. Schirmer, Handb. I S. 233—244.

[1]) Nov. 53 Kap. VI. Nov. 117 Kap. V.

Auf die mannigfachen Streitfragen, welche an dieſe geſetzliche Erbberechtigung der armen Wittwe anknüpfen, gehe ich nicht ein; unter ihnen allen iſt nur die eine für die folgende Erörterung erheblich, ob die arme Wittwe *Erbin* ihres Mannes wird, oder ob ſie rechtlich als *Vermächtnißnehmerin* anzuſehen iſt. Hiervon iſt indeſſen bereits im § 37 unter II (S. 284 ff.) gehandelt, die dort vertheidigten Sätze ſind daher an gegenwärtiger Stelle lediglich zu wiederholen. Die Wittwe iſt Inteſtaterbin, wenn ſie den ihr zugewieſenen Bruchtheil des Vermögens zu vollem Recht erhält, — ſie iſt geſetzliche Vermächtnißnehmerin, wenn ihr nur der Nießbrauch dieſes Theils zukommt[2]). Zu dieſem einen, dem Gebiet der reinen geſetzlichen Erbfolge angehörigen Falle eines Erwerbs auf den Titel des Vermächtniſſes geſellt ſich ein zweiter, der uns zum Pflichttheilsrecht hinüberführt. Nach Feſtſetzung der der Wittwe gebührenden Erbquote beſtimmt die in dieſem Punkte nicht abgeänderte Nov. 53 Kap. VI:

— si tamen legatum aliquod reliquerit ei vir, minus autem quarta parte, compleri hoc —.

Damit hat der Geſetzgeber unzweideutig zu erkennen gegeben, daß der Erbanſpruch der Wittwe durch den letzten Willen des Ehemanns nicht ſoll verkürzt werden können, daß er eine wahre Pflichttheilsberechtigung darſtellt. Von dieſem einen Fall, wo das Teſtament eine *unzulängliche* Vermächtnißverfügung (oder, was dem gleich, Erbeseinſetzung) zu Gunſten der Wittwe enthält, wird mit Recht auf den andern geſchloſſen, wo dieſe ganz im Teſtament übergangen iſt. Auch hier hat dieſelbe entgegen dem letzten Willen den ihr nach Novellenrecht gebührenden Theil des Vermögens, beziehungsweiſe den Nießbrauch an demſelben zu beanſpruchen.

Von Bedeutung ſind dabei die Fragen, wie die von der Wittwe vermöge der Pflichttheilsberechtigung zu beanſpruchenden Bezüge *juriſtiſch zu beſtimmen* und *mit welchen Rechtsmitteln* dieſelben *in Anſpruch zu nehmen* ſind. Völlige Uebereinſtimmung

[2]) Von dem Falle, wo die Wittwe die feſte Summe von hundert Pfund Goldes bezieht, wird man ſo zu denken haben. Juſtinian will damit nur ein höchſtes Maß für die Berechtigung der Wittwe feſtſetzen; an ihrem Rechtsverhältniß zur Erbſchaft will er nichts ändern. Daher wird man auch hier die Wittwe als Erbin (ex re certa) behandeln müſſen, wenn ſie die Proprietät erhält, — als Vermächtnißnehmerin dagegen, wenn ſie auf den Nießbrauch beſchränkt iſt.

herrſcht hier ſelbſt unter den Rechtslehrern nicht, welche gleich uns als Regel wirkliche Erbberechtigung der Wittwe annehmen. Ich will zunächſt von einigen Vertretern dieſer Anſicht ſprechen und in Verbindung damit die eigne Anſicht ausführen. An zweiter Stelle gehe ich auf die Meinung über, welche den Anſpruch der Wittwe durchweg unter den Begriff des geſetzlichen Vermächtniſſes zieht.

Francke behandelt zwar die arme Wittwe mit Beſtimmtheit als Erbin; dabei aber äußert er (S. 482), ſie habe kein Recht auf Erbeseinſetzung, eben ſo wenig ſtehe ihr die *inofficiosi querella* zu; vielmehr ſei ſie ſtets, es möge ihr Nichts oder nicht der volle (gebührende) Betrag hinterlaſſen ſein, auf eine perſönliche Klage aus Nov. 53 gegen die Erben des Mannes beſchränkt. Rückſichtlich dieſer Klage wird dann unterſchieden: iſt die Frau auf einen zu geringen Erbtheil eingeſetzt oder iſt ihr zu wenig vermacht, ſo hat ihr Anſpruch die Natur der Ergänzungsklage; iſt ihr Nichts hinterlaſſen, ſo wird man die Analogie der dem unmündig Arrogirten in Anwendung auf die quarta D. Pii zuſtehenden Klage zu befolgen haben. — Im Weſentlichen übereinſtimmend urtheilt Arndts. Zwar wo der Frau etwas vom Manne im Wege des Vermächtniſſes zugewendet iſt, ſtehen ſeine Bemerkungen, wenn ich ſie recht verſtehe, nicht unter einander im Einklang. An einer Stelle meint er (S. 62 bei Anm. 178): ſei die Wittwe auf ſolchem Wege nicht völlig abgefunden, mache ſie daher ihren Erbanſpruch geltend, ſo ſei ſie als wahre Erbin anzuſehen; — in anderm Zuſammenhange aber unterſcheidet er, mit Verweiſung auf die oben abgedruckte Vorſchrift von Nov. 53 Kap. VI: tritt nach dieſer Ergänzung ein, ſo ſollen die Beſtimmungen über die Ergänzungsklage analog angewandt werden; wo der Wittwe Nichts hinterlaſſen iſt, wird die Auffaſſung von Francke gebilligt. Endlich Schirmer, der der Wittwe die Erbeseigenſchaft nur in den zwei Ausnahmsfällen verſagt, wo ihr der volle gebührende Erbtheil in Geſtalt eines Vermächtniſſes vom Manne hinterlaſſen iſt, und wo ſie durch die miterbenden eignen Kinder auf den Nießbrauch ihres Antheils beſchränkt wird (S. 240 f.), äußert ſich ſo: die bei unzureichender Hinterlaſſung eingreifende Ergänzungsklage ſoll nicht als condictio ex lege gefaßt werden; vielmehr ſoll man, da eine eigne Klage Behufs der Ergänzung nicht in Nov. 53 Kap. VI gegeben werde, auf die der Wittwe zur Verfolgung ihres Succeſſionsanſpruchs überhaupt zuſtehenden Rechtsmittel, namentlich auf die *hereditatis petitio*, angewieſen ſein

(Anm. 16). Von dem Falle, wo die Wittwe gar nicht bedacht iſt, ſpricht Schirmer nicht; doch wird man in ſeinem Sinne auch hier die hereditatis petitio als Rechtsmittel zu ertheilen haben.

Ich vermag mich keiner der hier dargeſtellten Auffaſſungsweiſen vollſtändig anzuſchließen. An der Unterſcheidung zwiſchen unzulänglichem Bedenken und gänzlichem Nichtbedenken der Wittwe iſt beſtimmt feſtzuhalten. Im erſten Fall ſcheint mir in der That die Ergänzungsklage der l. 30 C. de inoff. test. 3. 28 das vom Recht zur Verfügung geſtellte Rechtsmittel zu ſein. Die Klage findet in gleicher Weiſe ſtatt, mag der Notherbe Anſpruch auf Erbeseinſetzung haben[3]) oder nicht[4]). Bei ihr iſt auch nicht zu unterſcheiden, ob die im Teſtament angeordnete ungenügende Verfügung in einem Erbtheil oder einem Vermächtniß beſteht[5]). Es iſt daher gewiß ungerechtfertigt, wenn Schirmer als das zur Erzielung der Ergänzung dienende Rechtsmittel die hereditatis petitio bezeichnet. Daß Nov. 53 Kap. VI eine neue Klage Zwecks der Ergänzung nicht verleiht, iſt kein Grund für jene Annahme. Die l. 30 pr. C. cit. hat die Ergänzungsklage für alle Pflichttheilsberechtigten eingeführt, denen ein Theil des Pflichttheils zugewendet iſt; die Klage ſoll zuſtehen

in certis casibus, in quibus de inofficiosis defunctorum testamentis *vel alio modo subvertendis* moveri solebat actio.

Dem entſprechend tritt ſie nicht allein bei der civilen Pflichttheilsberechtigung auf, ſondern auch bei der prätoriſchen des Patrons und des Parens Manumiſſor[6]). Ebenſo behandelt es die Nov. 115, nachdem ſie in Kap. III und IV das Notherbenrecht für Deſcendenten

---

[3]) So kommt ſie den Deſcendenten mit formellem Notherbenrecht zu: l. 30. l. 33 pr. l. 35 § 1. 2. l. 36 pr. C. de inoff. test. 3. 28, — ſo ferner nach Nov. 115 Kap. V den Deſcendenten und Aſcendenten, welche ein Recht auf Erbeseinſetzung haben.

[4]) So haben die Klage die Kinder gegen das Teſtament der Mutter, der väterlichen Großmutter und der mütterlichen Großeltern: l. 30 pr. C. de inoff. test. 3. 28. Vergl. auch l. 35 § 2 C. eod. Nov. 115 Kap. V. Ebenſo können die Geſchwiſter klagen: l. 30. l. 35 § 2 C. cit. § 3 verglichen mit § 1 J. de inoff. test. 2. 18.

[5]) l. 30 pr. C. cit.: — et haec quidem de his personis statuimus, quarum mentionem testantes fecerint et aliquam eis quantitatem in hereditate vel legato vel fideicommisso, licet minorem legitima portione, reliquerint. l. 35 § 2 C. eod. § 3 J. cit. Vergl. § 58 unter II A.

[6]) § 3 J. de success. libert. 3. 7.

und Aſcendenten neu geordnet hat, als ſelbſtverſtändlich, daß bei theilweiſer Bedenkung dieſer Notherben die Ergänzungsklage ſtattfindet. Was insbeſondere die Frage der Zulaſſung der hereditatis petitio betrifft, ſo komme ich auf dieſe weiter unten.

Wenn bei dem Falle, wo der Wittwe gar nichts ausgeſetzt iſt, Francke die Anwendbarkeit einer perſönlichen Klage durch die Analogie des dem unmündig Arrogirten zuſtehenden Anſpruchs auf die quarta D. Pii rechtfertigen will, ſo iſt entgegenzuhalten, daß dieſer Anſpruch die Natur eines geſetzlichen Vermächtniſſes hat, während die arme Wittwe — auch nach Francke's Annahme — Erbin iſt. Auch Arndts gelangt trotz der der Wittwe beigelegten Erbeseigenſchaft (S. 62 Anm. 178) zur Annahme einer perſönlichen Klage auf der Grundlage eines geſetzlichen Vermächtniſſes. Seine Bemerkungen aber, daß die Wittwe jedenfalls nicht das ganze Teſtament anfechten, ſondern nur den ihr gebührenden Theil des Nachlaſſes beanſpruchen könne, — daß der Wittwe nicht das Recht gegeben ſei, dieſen Theil als Erbin zu begehren (S. 641 unter C.), vermögen jener Satz ſowie die Verleihung einer perſönlichen Klage gewiß nicht zu begründen.

Entgegen allen dieſen Ausführungen muß nachdrücklich betont werden, daß die Anſicht, welche mit uns die Wittwe als Erbin behandelt, im Fall der völligen Uebergehung derſelben nothwendig die *querella inofficiosi testamenti* verleihen muß. Von vorn herein läßt ſich nur an dieſe Klage oder die Erbſchaftsklage denken; denn der Umſtand, daß die Wittwe den Teſtamentserben mit wahrer Erbberechtigung entgegentritt, ſchließt eine perſönliche Klage von der Art, wie ſie der arrogirte Unmündige hat, beſtimmt aus. Will man aber feſtſtellen, auf welchem Wege ein Erbe, deſſen Erbberechtigung durch Kaiſergeſetz (hier Nov. 53) begründet iſt, ſeine Pflichttheilsberechtigung geltend zu machen hat, ſo iſt bei fehlender Anordnung des Geſetzes offenbar eine Anlehnung auf dem Gebiet des civilen Pflichttheilsrechts zu ſuchen. Nun kann aber, wie vorhin bemerkt wurde, die quarta D. Pii nicht als analoge Rechtsbildung gelten: demnach bleibt nur das gemeine Pflichttheilsrecht der Verwandten, damit die querella inofficiosi testamenti übrig. Das fällt doch in die Augen, daß die Nov. 53 die vorliegende Frage völlig unerledigt gelaſſen hat: ſie berührt den Fall, wo die Wittwe im Teſtament gänzlich unberückſichtigt geblieben iſt, überall nicht; daß hier Pflichttheilsberechtigung ſtattfindet, iſt nur aus der kümmerlichen Anordnung des Geſetzes über

den Fall ungenügender Bedenkung zu folgern. — Es ist jetzt auch mit wenigen Worten zu erklären, warum wir oben die Erbschaftsklage als unanwendbar bezeichneten: für die Möglichkeit ihrer Zulassung fehlt es an aller Analogie auf dem Boden des civilen Pflichttheilsrechts. Gegenüber den Bedenken der oben genannten Schriftsteller ist nur dies zu sagen. Daß die Querel auch Personen zukommt, die keinen Anspruch auf Erbeseinsetzung haben, ist klar: bis auf die Nov. 115 fehlte dieser Anspruch den Kindern gegenüber der Mutter, den Ascendenten gegenüber den Descendenten, und doch hatten sie die Querel; Gleiches gilt noch heutzutage von den Geschwistern. — Richtig ist ferner, daß die Wittwe, als auf einen festen Bruchtheil der Erbschaft beschränkt, das ganze Testament nicht anfechten kann: aber die Querel verlangt auch dessen Beseitigung wie die Eröffnung der gesetzlichen Erbfolge nur im Umfang der gesetzlichen Erbberechtigung des Klägers[7]).

Ich komme zu der Ansicht, welche dem Erbanspruch der armen Wittwe die Natur eines gesetzlichen Vermächtnisses beilegt. Dieselbe hat im Grunde bei der erörterten Frage keine Wahl. Für sie ist die Möglichkeit ausgeschlossen, der Wittwe die Erbschaftsklage oder die querella inofficiosi testamenti zuzugestehen, da beide Klagen Erbberechtigung des Klägers fordern. So bleibt nur die Annahme einer persönlichen Klage gegen die Testamentserben auf Gewährung des Pflichttheils übrig, — entsprechend der gleichen Klage des unmündig Arrogirten, dessen Anspruch ja unter den Begriff des gesetzlichen Vermächtnisses fällt[8]).

II. Im Fall einer Verkürzung durch Veräußerungen unter Lebenden kann sich die Wittwe, nachdem ihre Pflichttheilsberechtigung mit dem Tode des Ehemannes begründet ist, nach herrschender Ansicht der querella inofficiosae donationis bedienen[9]). Nur Köppen ver-

[7]) Ulp. l. 8 § 8 D. h. t.: — si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere. — Paul. l. 19 D. eod.

[8]) So in der That Vangerow II § 488 Anm. unter 5. Windscheid III § 593 bei Anm. 2 und 3. Vergl. auch Köppen, Grundriß § 90 S. 68 f.

[9]) So Francke S. 503. Mühlenbruch 36 S. 55 f. Arndts S. 643. Windscheid III § 593 Anm. 6. — Mühlenbruch sucht a. a. O. dem Bedenken zu begegnen, daß die querella inofficiosae donationis nur Ergänzung der querella inofficiosi testamenti sei, daher auch streng genommen nur auf solche Personen ausgedehnt werden könne, die zu letzterer Querel gelangen. Für uns ist das kein Bedenken, da wir diese Klage der armen Wittwe zusprechen.

weiſt die Wittwe auf die actio quasi Fabiana oder Calvisiana. Er ſtützt ſich dabei auf die vermeintliche Analogie des Rechtsverhältniſſes des unmündig Arrogirten; eine ſolche Analogie vermag ich indeſſen nicht anzuerkennen.

Anhang.

Das Notherbenrecht bei Pupillarſubſtitutionen, — bei Soldatenteſtamenten und Verfügungen über caſtrenſiſches wie quaſicaſtrenſiſches Vermögen.

§ 69.

1. Frage der Anwendung des Notherbenrechts auf Pupillarſubſtitutionen*).

Zwei Lehren, wie ſie in der Ueberſchrift der gegenwärtigen Abtheilung bezeichnet ſind, müſſen hier als Anhang zum formellen wie zum materiellen Notherbenrecht dargeſtellt werden. Die Entwicklung des Rechts vor der Nov. 115 würde eine unvollſtändige ſein, wenn wir Beide von ihr ausſchließen wollten. Dabei veranlaßt uns ein entſchiedenes Bedürfniß der Darſtellung, ſchon hier die Ausbildung dieſer Lehre bis auf das neueſte Recht herab zu verfolgen.

Aus dem claſſiſchen Recht iſt uns eine Aeußerung Ulpian's über das Verhältniß des Pflichttheilsrechts zur Pupillarſubſtitution in der folgenden l. 8 § 5 D. de inoff. 5. 2 erhalten:

> Sed nec impuberis filii mater inofficiosum testamentum dicit, quia pater ei hoc fecit (et ita Papinianus respondit): nec patris frater, quia filii testamentum est: ergo nec frater impuberis, si patris non dixit. sed si in patris obtentum est, nec hoc valebit: nisi si pro parte patris rescissum est: tunc enim pupillare valet.

Begreiflich konnte eine Berührung des Notherbenrechts mit der Pupillarſubſtitution nur auf dem Gebiet des Pflichttheilsrechts in's Auge gefaßt werden, da ein formelles Notherbenrecht bis auf die Nov. 115 nur für Deſcendenten des Erblaſſers beſtand. — Die herrſchende Meinung legt dem Ausſpruche Ulpian's den Sinn unter, daß gegenüber der Pupillarſubſtitution keinerlei Pflichttheils-

*) Zimmern in ſeinen und Neuſtetel's Unterſuchungen S. 83—88. Thibaut, Arch. f. civ. Prax. V S. 345—349. Francke S. 453—470. Mühlenbruch 40 S. 390—394. Vangerow II § 453 Anm. 3.

berechtigung anerkannt wird[1]). Widerſpruch hat Zimmern in der in Anm.* bezeichneten Abhandlung S. 83—85 erhoben. Seine Ausführung iſt dieſe. Nach der l. 8 § 5 iſt die Querel den Perſonen abgeſchnitten, welche wie die Mutter nur dem Kinde gegenüber Notherbenberechtigung haben: ſie können dem Letzteren den Vorwurf der Liebloſigkeit, wie er Grundlage der Querel ſein würde, nicht machen, da das Teſtament vom Vater gefertigt iſt. Ebenſo bleibt die Klage Denen verſagt, welche nur Notherben des Vaters ſind; denn die Pupillarſubſtitution iſt Teſtament des Kindes. Berechtigt iſt demnach nur, wer gleichzeitig Notherbe des Vaters und des Kindes iſt, wie der Bruder des Letzteren: auch dieſer aber kann nur durchdringen, wenn er das väterliche Teſtament und das des Kindes neben einander angreift. Wird freilich das Teſtament des Vaters gänzlich umgeſtoßen, ſo iſt das Kindesteſtament ohne Weiteres hinfällig; beſchränkt ſich dagegen die Aufhebung auf einen Theil des väterlichen Nachlaſſes, ſo iſt nun die Querel gegen das Teſtament des Kindes durchzuführen.

Zimmern's Anſicht iſt meines Wiſſens gänzlich ohne Nachfolger geblieben, wenngleich ihr — was freilich Zimmern wie ſeine Gegner überſehen haben — eine ſehr alte Auctorität zur Seite ſteht. Ganz die Ausführung wie ſie Zimmern entwickelt hat, findet ſich ſchon in zwei Baſilikenſcholien — Bas. **39.** 1. 8 schol. 9 a. E. schol. 11[2]). Trotz dieſer äußeren Stütze halten wir die hier dargebotene Auslegung von Ulpian's Worten für verwerflich.

Vorerſt ſetzen wir mit Thibaut[3]) entgegen: wenn weder die Notherbenberechtigung gegen den Vater noch die andere gegen das Kind eine Grundlage für die Querel abzugeben vermag, wie kann dann das Zuſammentreffen dieſer beiden unwirkſamen Berechtigungen einen Rechtsgrund herſtellen? Weiter iſt aber auch nicht zu erkennen — und das erſcheint noch wichtiger —, warum die Anfechtung des Pupillarteſtaments von einer Querel gegen das Teſtament

[1]) So von den vorſtehend genannten Schriftſtellern Thibaut, Mühlenbruch und Vangerow a. d. a. O.O. Francke S. 454. 455.

[2]) Nur der Schluß des schol. 9 cit. mag hier Platz finden: — εἰ δὲ μὴ εἰς τὸ πᾶν, ἀλλ' εἰς μέρος τὴν πριγκιπαλίαν κατέλυσε διαθήκην, θὲς γὰρ καὶ τὸν πούπιλλον ἐκ μέρους ἐν αὐτῇ γεγράφθαι κληρονόμον, ἐπειδὴ καὶ εἰς μέρος τῆς πριγκιπαλίας μένει τὰ τῆς πουπιλλαρίας σωζόμενα δίκαια, δίδομεν αὐτῷ τηνικαῦτα τὴν δεινοφικίσσο κινεῖν κατὰ ἐρρωμένης τῆς πουπιλλαρίας ὑποκαταστάσεως, αἰσχροῦ δηλονότι γεγραμμένου προσώπου.

[3]) A. a. O. S. 347.

des Vaters begleitet ſein müßte. Wenn Zimmern darauf den Nachdruck legt, daß der Vater das Teſtament errichtet hat, ſo iſt dies in der That bedeutungslos: erforderlich iſt eine Kränkung des Notherben durch den Inhalt des letzten Willens, eine ſolche aber, die hier nur in der Entziehung der Kindeserbſchaft beſtehen kann, geht nicht vom väterlichen Teſtament aus. Auch das ſteht nicht entgegen, daß das Teſtament des Kindes ohne das des Vaters keine Geltung hat; denn ſehr wohl kann umgekehrt das Pupillarteſtament für ſich allein die Geltung verlieren.

Wir folgen daher der üblichen Auslegung, die dem römiſchen Juriſten zwar eine unklare, aber jedenfalls eine für Ulpian's Zeit nicht grade auffällige Faſſung ſeines Gedankens zuſchreibt. Die l. 8 § 5 cit. erklärt: der Bruder kommt als Notherbe des Kindes nur dann zum Ziele, wenn er als Notherbe des Vaters deſſen Teſtament (wegen einer in dieſem ihm zugefügten Pflichttheilsverletzung) umzuſtoßen vermag: hier verſchafft ihm die gleichzeitige Hinfälligkeit des Teſtaments des Kindes deſſen Erbſchaft ab intestato. Dagegen würde die theilweiſe Aufhebung des väterlichen Teſtaments nicht den gleichen Dienſt leiſten, da ſie das Pupillarteſtament beſtehen ließe.

Bevor ich zum Recht der Nov. 115 übergehe[4]), prüfe ich mit einigen Worten die innere Begründung des in l. 8 § 5 cit. niedergelegten Gedankens. Dieſe erweiſt ſich, wie man auch die Frage erwägen mag, als unzureichend. Hält man die in l. 8 cit. dargebotenen Gründe in der That für die einzigen, welche Ulpian aufzubringen wußte, ſo erſcheint zwar die ausgeſprochene Ausſchließung der Notherben des Vaters ſelbſtverſtändlich, aber dem Ausſpruche bezüglich der Notherben des Kindes fehlt jede Rechtfertigung. Die Querel hat in ihrer in den Pandekten vorliegenden entwickelten Geſtalt nach dem Zeugniß deſſelben Ulpian die Abſicht des Erblaſſers,

[4]) Von manchen Schriftſtellern iſt noch die von der Quaſipupillarſubſtitution handelnde l. 9 C. de impub. et al. 6. 26 in unſre Unterſuchung hineingezogen. (Vergl. Zimmern S. 88. Thibaut S. 349. Francke S. 463—470). In Betracht kommen würden die Worte: — liceat isdem parentibus legitima portione ei vel eis relicta quos voluerit his substituere, ut occasione hujusmodi substitutionis ad exemplum pupillaris nulla querella contra testamentum eorum oriatur —. Indeſſen iſt die l. 9 C. cit. nicht allein im Ganzen, ſondern auch in dem hier abgedruckten Theile Gegenſtand mehrfacher Deutungen und Streitigkeiten (vergl. in letzterer Hinſicht Windſcheid III § 560 Anm. 5); mit Rückſicht hierauf kann das Geſetz zur Löſung der uns beſchäftigenden Frage nicht wohl etwas beitragen.

dem Notherben den Pflichttheil zu entziehen, nicht zur Voraussetzung[5]): darum erscheint sie auch gegenüber einem Testament möglich, das ausnahmsweise, wie das Pupillartestament, durch einen Anderen an Stelle des Erblassers errichtet wird. Uebrigens hat man sich mehrfach die Gründe der l. 8 § 5 cit. nicht genügen lassen, vielmehr nach einer andern Erklärung gesucht. Thibaut führt die ganze Pupillarsubstitution auf folgenden Anstoß zurück: man habe in ihr dem Vater ein Mittel gewähren wollen, das Kind in die Lage zu bringen, daß Niemand mit Bestimmtheit wisse, wer dessen Erbe sei, wenn es in der Unmündigkeit sterbe[6]). Allein eine solche ängstliche Fürsorge für das Kind, als Mittel gegen Lebensnachstellungen, begegnet uns nur bei der Frage nach der äußeren Errichtung der Pupillarsubstitution, in einer einzelnen Bemerkung des Gajus (II. 181); sie kann unmöglich gegenüber den nächsten Blutsverwandten des Kindes — den Ascendenten und Geschwistern — zur Geltung gebracht, und noch weniger kann sie der Grund gewesen sein, um dessen willen den Verwandten die Pflichttheilsberechtigung entzogen worden ist[7]). Von Windscheid (III § 558 Anm. 9 mit Text, verbunden mit § 559 unter 6) wird die Ausschließung der Notherbenberechtigungen bei der Pupillarsubstitution so begründet. Neben dem im geltenden Recht maßgebenden Gedanken, der im Pupillarsubstituten einen Erben des Kindes sieht, durchzieht das Recht dieser Substitution eine andre, wahrscheinlich ältere Auffassung, welche den Substituten als zweiten Erben des testirenden Vaters behandelt. Auf dieser Auffassung soll auch der vorliegende Satz des Notherbenrechts beruhen. — Auch dem glaube ich widersprechen zu müssen. Zunächst bleibt von dieser Erklärung aus die Zurücksetzung der Notherben des Vaters ungerechtfertigt. Sodann hat aber das römische Recht im Pflichttheilsrecht die Behandlung der Pupillarsubstitution als eines Testaments des Kindes entschieden festgehalten. (Vergl. oben § 40 unter 1). Grade in der l. 8 § 5 cit. spricht sich ja Ulpian bestimmt in diesem Sinne aus. Ich glaube hiernach dabei stehen bleiben zu müssen, daß Ulpian und der von ihm angerufene Papinian in der That einen innerlich unbegründeten

---

[5]) Ulp. l. 27 § 4 D. de inoff. 5. 2.

[6]) Zustimmend Mühlenbruch S. 393 und noch in neuester Zeit das Erk. des O.-G. zu Wolfenbüttel vom 17. Oct. 1871 bei Seuffert, Arch. 26. 141.

[7]) Des Näheren ist auf die erschöpfende Widerlegung bei Francke S. 456—458 zu verweisen.

Rechtsſatz aus den in l. 8 cit. angegebenen formalen Rückſichten vertheidigt haben.

Auch für das Recht der Nov. 115 hat Zimmern der herrſchenden Meinung, welche den Notherben des Kindes die Pflichttheilsberechtigung verſagt[8]), widerſprochen, und hier hat ſich ſeinem Widerſpruch Francke (S. 456 ff.) angeſchloſſen. Beide machen geltend, daß die Novelle mit der von ihr vorgeſchriebenen Erbeseinſetzung — in unſerm Fall der Aſcendenten — eine formelle Anforderung an den Erblaſſer erhebt; was aber zur Form der Teſtamente gehöre, müſſe auch der Vater beobachten, wenn er ein Teſtament für das unmündige Kind errichte. Für das reine römiſche Recht läßt ſich nach meinem Dafürhalten dieſe Auffaſſung nicht beanſtanden. Die Nothwendigkeit der Erbeseinſetzung iſt nicht allein begrifflich eine ſelbſtändige Vorſchrift des Notherbenrechts, verglichen mit der Verpflichtung zur Hinterlaſſung eines beſtimmten Vermögenstheils (des Pflichttheils), — ſie iſt auch in der Novelle ſtreng von dieſer geſchieden. Denn die Kap. III und IV befaſſen ſich lediglich mit der Anforderung der Erbeseinſetzung (Kap. III unter ſcharfer Sonderung derſelben von der materiellen Bedenkung); ebenſo betont Kap. V zunächſt jene formelle Vorſchrift, der auch durch Einſetzung auf beſtimmte Sachen ſoll genügt werden können. Erſt im weiteren Fortgang und immer mit Feſthaltung des Gegenſatzes gelangt das Kap. V zur Verpflichtung der Hinterlaſſung des Pflichttheils, welcher erforderlichenfalls ergänzt werden ſoll. Hält man dieſen Inhalt des neuen Geſetzes mit der l. 8 § 5 cit. zuſammen, ſo kann man den Aſcendenten des Unmündigen den in der Pandektenſtelle überall nicht berührten Anſpruch auf Erbeseinſetzung nicht verweigern. Freilich muß zugleich anerkannt werden, daß dieſem Anſpruch durch jede Einſetzung genügt wird, die etwas Anderes iſt als eine Einſetzung auf Nichts. Denn die Pflichttheilsberechtigung iſt mit Rückſicht auf das Pandektenrecht nach wie vor zu leugnen[9]).

Man hat der hier vertheidigten, auf die Einſetzungsvorſchrift

---

[8]) Dafür Thibaut, Mühlenbruch und Vangerow Anm. * citt. Zahlreiche andere Schriftſteller werden genannt bei Vangerow S. 181 und in dem in Anm. 6 genannten Erkenntniß des O.-G. zu Wolfenbüttel (Seuffert **26** S. 226 Anm. 1).

[9]) Wenn Francke S. 456 die Ergänzungsklage begründet findet, ſo iſt dem gewiß zu widerſprechen.

der Novelle bezüglichen Ansicht entgegengehalten, daß die von Justinian vorgeschriebene Form auf dem gleichen inneren Grunde beruhe, wie die materielle Verbindlichkeit zur Zuwendung des Pflichttheils[10]), — auf der Pietät gegen die Erzeuger. Aber abgesehen davon, daß es, wie oben bemerkt wurde, sehr zweifelhaft erscheint, ob die Hindeutung der l. 8 § 5 cit. auf diese Rücksicht den wahren Grund des Rechtssatzes darstellt, kann uns doch die Gleichheit des Grundes nicht dazu berechtigen, den Notherben einen zweifellos selbständigen, nicht in der l. 8 § 5 cit. berührten Anspruch zu entziehen. Vielmehr ist umgekehrt auf die völlige Singularität der in l. 8 § 5 cit. enthaltenen Regel der Ton zu legen: diese stellt sich der Ausdehnung der Regel auf die Einsetzungsvorschrift von Nov. 115 hindernd in den Weg. — Völlig nichtssagend ist die andre Bemerkung[11]), daß die Formvorschrift Justinian's den Testirer nur in Ansehung seines eignen Testaments und gegenüber seinen Notherben binde. Wo ausnahmsweise eine Vertretung des Vermögensinhabers bei der Errichtung des letzten Willens gestattet wird, muß der Vertreter der den Vertretenen bindenden Vorschrift genügen.

So wahr alles das ist, so kann doch für das geltende Recht die Entscheidung nicht im Sinne der zuletzt entwickelten Sätze ausfallen. Das canonische Recht hat sich in einer auffälligerweise völlig von Francke übersehenen Decretale von Bonifaz VIII. — c. 1 de testam. in VI°. 3. 11 — den Ausspruch der l. 8 § 5 cit. in der Bedeutung einer allgemeinen Regel zu eigen gemacht. Die Schlußworte des c. 1 cit. sprechen sich dahin aus:

— Licet autem filius testamento suo matrem portione jure naturae debita privare non possit, pater tamen in testamento, quod filio impuberi facit, potest: nam testamentum hujusmodi pupillare paternum vel paterni pars potius est censendum.

Ist hier auch dem Ausdruck nach nur vom Pflichttheil die Rede, so hat doch ohne Frage der Papst auch die Vorschrift der Erbesein-

[10]) So namentlich Vangerow a. a. O. Vergl. auch Mühlenbruch S. 393. Vangerow wirft noch ein, Francke's Lehre würde streng durchgeführt zu der Absurdität führen, daß der Vater sich selbst einsetzen müßte. Ist das absurd, und so scheint es, so folgt nur, daß in diesem einzelnen Falle keine Nothwendigkeit der Einsetzung des Gewalthabers anzuerkennen ist.

[11]) So Thibaut S. 348. Mühlenbruch S. 393 f. und das Erk. von Wolfenbüttel in Anm. 6.

setzung für unverbindlich erklären wollen. Wie die voraufgehende Geschichtserzählung zeigt, betrifft die Entscheidung einen Fall, in welchem die Mutter nicht allein nicht mit dem Pflichttheil bedacht, sondern auch nicht zur Erbin eingesetzt war.

Wir haben daher die dargestellte Regel in ihrer Allgemeinheit hinzunehmen[12]), wenngleich sie als innerlich unbegründet behandelt werden muß.

§ 70.

2. Das Notherbenrecht in Anwendung auf Soldatentestamente, auf letztwillige Verfügungen über das castrensische und quasicastrensische Vermögen*).

Bis auf die neueste Zeit hat man allgemein gelehrt, gegenüber einem Soldatentestament finde kein Anspruch der Notherben statt[1]). Diese Ansicht geht zu weit, wie das unsres Erachtens von Fitting[2]) bewiesen ist. In Anlehnung an Fitting's Ausführungen soll im Folgenden dargelegt werden, daß man nur sagen darf, die Grundsätze des materiellen wie des formellen Notherbenrechts finden beim Soldatentestament lediglich in beschränkterem Umfange Anwendung.

Beim castrense peculium streitet man sowohl für das ältere Recht wie für das Recht der Nov. 115, beim peculium quasicastrense wenigstens für das neueste Recht, inwieweit hier das Pflichttheilsrecht Geltung habe. Diese Lehre ist an das Recht des Soldatentestaments, mit dem sie verwandt ist, anzuknüpfen. — Die bezeichneten Gegenstände der Untersuchung werden vorerst unter Absehen vom Einfluß der Nov. 115 betrachtet; unter IV spreche ich dann vom Einfluß dieses Gesetzes.

I. Das formelle Notherbenrecht beim Soldatentestament. Man lehrt, der Soldat brauche seine Kinder (oder Eltern) nicht zu Erben einzusetzen oder zu enterben, er übergehe sie ungestraft; nur seien die gewöhnlichen Grundsätze anzuwenden, wenn ein

---

[12]) Für die uneingeschränkte praktische Geltung des Satzes hat sich außer dem mehrfach genannten Erk. des O.-G. zu Wolfenbüttel ein Erk. des O.-A.-G. zu Jena vom 16. Juli 1835 bei Seuffert, 6. 222 ausgesprochen.

*) Francke S. 444—453. Mühlenbruch 35 S. 195—219. 42 S. 77—81. S. 88 Anm. 26. Fitting, das castrense peculium §§ 30—33. §§ 48—50.

[1]) Vergl. Francke S. 445. 446. 452 f. Mühlenbruch 35 S. 195—197. S. 218. Windscheid III § 575 a. E.

[2]) Das castrense peculium §§ 30—33. S. 213 ff. § 49. S. 359 ff.

Kind aus Irrthum übergangen ſei[3]). Allein eine ſolche Faſſung verdeckt den logiſchen Zuſammenhang der maßgebenden Grundſätze. An ſich beſteht auch für den Soldaten die Verpflichtung, ſeine sui wie die neben dieſen zur prätoriſchen Notherbfolge berufenen liberi zu Erben einzuſetzen oder zu enterben. Aber nach der das Soldatenteſtament beherrſchenden Regel iſt die Willenserklärung durchaus formlos[4]); vor Allem wird im Nichtbedenken eines Notherben, um deſſen Daſein der Erblaſſer wußte, ein Enterben gefunden[5]). Immer muß indeſſen eine Willenserklärung angenommen werden können: wurde ein Notherbe übergangen, weil der Soldat von ſeinem Daſein nichts wußte, etwa irrthümlich ſeinen Tod annahm, fehlte demnach der Wille, ihn auszuſchließen, ſo gelangt die auf das Erforderniß der Erbeseinſetzung oder Enterbung geſtellte Regel des formellen Notherbenrechts zur Geltung[6]) und führt zur Vernichtung des Teſtaments. Die genannte Regel bindet insbeſondere auch den in väterlicher Gewalt ſtehenden Soldaten beim Teſtament über das caſtrenſiſche Vermögen. Zwar kann dieſer zur Zeit weder Kinder in der Gewalt, noch liberi im Sinn der prätoriſchen Notherbfolge haben, aber er muß die Möglichkeit im Teſtament berückſichtigen, daß er künftig gewaltfrei werde, und daß damit ſeine ſchon jetzt vorhandenen oder die in der Folge gebornen Kinder Notherbenberechtigung erlangen[7]). Wo immer übrigens die Uebergehung eines von Anfang an vorhandenen oder nachträglich eingetretenen Notherben Nichtigkeit des Teſtaments begründete, konnte in der Folge die Gültigkeit des Letzteren durch bloße Erklärung des auf ſeine Aufrechthaltung gerichteten Willens neu begründet werden[8]).

---

[3]) Francke S. 445.

[4]) Gaj. II. 109. 114 pr. J. de milit. test. 2. 11. l. 1 pr. l. 35 D. eod. 29. 1. l. 15 C. eod. 6. 21.

[5]) § 6 J. de exher. lib. 2. 13: — si — liberos suos — nominatim non exheredaverit sed silentio praeterierit non ignorans an habeat liberos, silentium ejus *pro exheredatione nominatim facta* valere constitutionibus principum cautum est. l. 7 D. de test. mil. 29. 1. l. 9. C. eod.

[6]) Sofortige Nichtigkeit bei den zur Zeit der Teſtamentserrichtung lebenden Notherben: l. 9. 10 C. eod.; Ruption bei nachträglicher Entſtehung eines Notherben. l. 33 pr. § 2. 3. l. 36 § 2 D. eod. l. 10 C. cit. Fitting S. 217—219.

[7]) l. 33 verglichen mit l. 39 D. eod. l. 28 § 1 D. de lib. 28. 2. Fitting S. 220—226.

[8]) l. 9 pr. l. 33 pr. § 2 D. de test. mil. 29. 1.

Der bezeichnete Grundsatz der Formlosigkeit des letzten Willens läßt leicht erkennen, welche Bedeutung in diesem Falle den einzelnen auf die Erbeseinsetzung oder Enterbung bezüglichen Formvorschriften zukommt[9]). Die Regel des formellen Notherbenrechts läßt bei der Einsetzung eines lebenden Sohnes des Erblassers nur eine Potestativbedingung zu, und das Gleiche gilt beim Postumus, sofern nicht etwa die Bedingung vor dessen Erscheinen entschieden ist. Ist nun der Grund des Satzes der, daß bei ausfallender Bedingung Präterition vorliegt, muß daher selbst die casuelle Bedingung genügen, sofern auf den Fall der Deficienz Enterbung ausgesprochen ist[10]), so ist eine Bedingung der letzteren Art beim Soldatentestament ohne Weiteres zuzulassen; denn aus der bedingten Einsetzung ergibt sich der Wille, daß der Notherbe bei ausbleibender Bedingung ausgeschlossen sein soll. Der Satz dagegen, daß die Einsetzung des suus unter einer unmöglichen Bedingung das Testament vernichtet[11]), behauptet seine Geltung auch beim Soldatentestament.

Rücksichtlich der Enterbung ergibt sich von selbst, daß namentliche Ausschließung nicht verlangt werden kann, und daß es beim Vorhandensein mehrerer Grade Sache freier Auslegung ist, ob die an irgend einer Stelle des Testaments ausgesprochene Enterbung auf alle Grade oder auf einzelne derselben und welche zu beziehen ist. — Das gemeine Erbrecht rügt bei der auf bestimmte Vermögensstücke oder einzelne Theilerben gestellten Enterbung die theilweise Uebergehung, bei der Enterbung auf den Tod des Notherben die Präterition für die Zeit, in welcher allein ein Erwerb für den Notherben werthvoll, ja möglich ist; die Enterbung post aditam hereditatem findet man verwerflich, weil vor dem Erbschaftserwerb eines andern Erben die Erbberechtigung des suus heres beseitigt sein muß. Alle solche Mängel werden beim letzten Willen des Soldaten durch den Satz unschädlich gemacht, daß das Nichtbedenken des dem Erblasser bekannten Descendenten als Ausschließung gilt. Unthunlich erscheint allerdings diese Auffassung bei der bedingten Enterbung: hier aber hat man wohl auf den Fall der Nichterfüllung der Bedingung stillschweigende Einsetzung angenommen[12]).

[9]) Vergl. zum Folgenden die Darstellung in den §§ 9—13 dieser Abhandlung.

[10]) l. 28 pr. D. de lib. 28. 2. Vergl. l. 86 D. de her. inst 28. 5.

[11]) l. 15 D. de condic. inst. 28. 7.

[12]) Vergl. l. 1 pr. l. 40 pr. D. de test. mil. 29. 1. l. 13 § 4. l. 15 § 1 D. eod.

II. Das Pflichttheilsrecht beim Soldatenteſtament. Der querella inofficiosi testamenti wird beſtimmt die Anwendbarkeit beim Teſtament eines Soldaten abgeſprochen: Letzteres bleibt auch dann gegen Anfechtung geſchützt, wenn der Soldat nach der (ehrenvollen) Entlaſſung, doch vor Ablauf eins Jahres ſtirbt [13]).

Die Frage, welche Grundſätze bei der bonor. poss. contra tabulas des parens manumissor und des Patrons gegolten haben, kann nicht unberührt gelaſſen werden; ich erörtere ſie jedoch im Zuſammenhang des beim peculium castrense geltenden Rechts, zu dem ich unter III gelange.

Die nach dem Bisherigen dem Soldatenteſtament auf den Gebieten des formellen wie des materiellen Notherbenrechts zukommenden Vergünſtigungen greifen nach Juſtinian's Vorſchrift nur Platz, wenn das Teſtament während des Feldzugs errichtet wurde [14]).

III. Das Pflichttheilsrecht beim *peculium castrense* und *quasi-castrense*. An erſter Stelle iſt die *bon. poss. contra tabulas* des *parens manumissor* und des Patrons zu beſprechen. Beim Emancipirten wie beim Freigelaſſenen wird in einer Reihe von ſogleich zu betrachtenden Stellen der Satz bezeugt, daß dem parens manumissor wie dem Patron gegenüber der letztwilligen Verfügung über das in castris erworbene Vermögen [15]) eine bon. poss. contra tabulas nicht zuſtehe. Wenn man dieſen Satz nicht allein auf den in activem Dienſt ſtehenden Soldaten, ſondern in gleicher Weiſe auf den Veteran bezieht [16]), ſo ſcheint mir das nicht gerechtfertigt. Denn unter den Pandektenfragmenten, welche von Emancipirten ſprechen, führt l. 30 D. de test. mil. 29. 1 (Paulus) ein Reſcript von Pius des Inhalts an:

(nam) in bona castrensia non esse dandam contra tabulas filii *militis* bonorum possessionem —.

Eben dieſe Beſchränkung muß in die l. 29 § 3 D. eod. (Marcellus)

---

[13]) l. 8 § 4. l. 27 § 2 D. de inoff. 5. 2. l. 9. l. 37 pr. C. eod. 3. 28.

[14]) l. 17 C. de test. mil. 6. 21 pr. J. de milit. test. 2. 11.

[15]) Daß der Ausdruck mindeſtens im Sinn von l. 37 C. de inoff. test. 3. 28 auf das geſammte caſtrenſiſche Vermögen zu beziehen iſt, wird ausgeführt bei Fitting S. 228 f.

[16]) So Fitting S. 214. 216 in Anm. 2. — In der Ausführung von Mühlenbruch 35 S. 196 ff. wird die bon. poss. contra tabulas nicht von der Querel geſondert gehandelt.

hineingelegt werden[17]); denn alle übrigen Theile der l. 29 (pr. §§ 1, 2) ſprechen ausſchließlich vom Soldatenteſtament, die Compilatoren aber haben unmittelbar an den § 3 cit. die vorhin erwähnte l. 30 D. eod. angehängt. Mit Recht nimmt daher die Digeſtenausgabe von Mommſen an (vergl. Anm. 17), daß im Eingang von l. 29 § 3 cit. Worte wie „cum *miles* decessit emancipatus“ ausgefallen ſind.

Nicht minder deutlich tritt die Beziehung auf den Soldaten bei einer dritten Stelle zu Tage, — der l. 1 § 4 D. si a parente **37.** 12. Ulpian äußert:

Est et alius casus, quo bonorum possessionem contra tabulas parens non accipit, si forte filius militare coeperit;

er bezieht ſich dann auf das in l. 30 cit. beſprochene Reſcript von Pius. — Hiernach bleibt als letzte Aeußerung nur die Sentenz des Marcellus in l. 10 D. de castr. pec. 49. 17 übrig:

Constat nec patribus aliquid ex castrensibus bonis filiorum deberi.

Daß die Stelle auf die bon. poss. contra tabulas des parens manumissor geht, nehme ich mit Fitting an[18]); aber nichts hindert uns, ſie lediglich für den letztwillig verfügenden Soldaten gelten zu laſſen.

Darf nach dieſen Beweiſen beſtimmt geſagt werden, daß die bon. poss. contra tabulas des parens manumissor nur bei den Teſtamenten der in activem Dienſt ſtehenden Soldaten ausgeſchloſſen blieb, ſo läßt ſich nicht wohl annehmen, daß die bon. poss. contra tabulas des Patrons zur Zeit der claſſiſchen Juriſten eine andre Ausdehnung gehabt hätte. Für dieſe Auffaſſung ſpricht Papinian's Ausführung in l. 42 § 1 D. de bon. libert. 38. 2, wo der folgende Thatbeſtand behandelt wird. Ein Freigelaſſener hat auf das caſtrenſiſche Vermögen den Titius, auf den ſonſtigen Nachlaß

---

[17]) l. 29 § 3 cit. (Cum miles decessit emancipatus [vel similia] ins. Momms.) patri ejus, qui in emancipatione ipse manumissor extitisset, contra tabulas testamenti dandam bonorum possessionem partis debitae placet *exceptis his rebus, quas in castris adquisisset,* quarum liberam testamenti factionem habet.

[18]) Fitting S. 216 Anm. 2. S. 227. — Die Baſiliken (**57.** 2. 10) beziehen das Fragment auf den teſtirenden Hausſohn: Οὐδὲν τοῖς πατράσιν ἐκ τοῦ στρατιωτικοῦ πεκουλίου τῶν ὑπεξουσίων κεχρεώστηται. Ebenſo Mühlenbruch **35** S. 198 f. — Ueber eine noch weiter gehende Auslegung älterer Schriftſteller vergl. Fitting S. 227.

einen Andern als Erben gerufen. Hat hier vor der Hand nur Titius angetreten, ſo ſoll eine bon. poss. contra tabulas des Patrons noch nicht begründet ſein. Denn rückſichtlich der bona castrensia wird dieſe vollſtändig verſagt, rückſichtlich des ſonſtigen Vermögens aber ſoll, falls der Teſtamentserbe ausſchlägt, nicht Anwachſung, ſondern geſetzliche Erbfolge eintreten: daher wird auch hier eine bon. poss. contra tabulas des Patrons zur Zeit nicht zugelaſſen. Wie Fitting ſelbſt hervorhebt (S. 215), weiſt bei dieſem Ausſpruche ſowohl die Beſtimmung der Erbtheile wie die Ausſchließung der Anwachſung mit Sicherheit darauf hin, daß der Freigelaſſene als Soldat teſtirt hatte und auch noch als ſolcher geſtorben war. — Neben der l. 42 cit. ſteht dann wieder ein unbeſtimmt gehaltener Ausſpruch Ulpian's, die l. 3 § 6 D. eod.:

Patronus contra ea bona liberti omnino non admittitur, quae in castris sunt quaesita.

Ich trage kein Bedenken, auch hier die Thatſache herzunehmen, daß der Erblaſſer bei Errichtung des Teſtaments Soldat war und als ſolcher oder doch vor Ablauf des erſten Jahres nach der Entlaſſung ſtarb. Erwähnt wird ja dieſes Moment auch in l. 42 § 1 cit. nicht, und doch ergab es ſich uns mit Nothwendigkeit aus dem Inhalt der Stelle.

Zweifelhafter kann auf den erſten Blick die allein noch übrige l. 37 C. de inoff. test. 3. 28 erſcheinen. Zwar ſtellt ſich dieſes Geſetz nur die Aufgabe, einen ſtreitigen Punkt im Recht der Querel zu erledigen: Juſtinian ſchließt dieſe aus, wie noch unten vorkommen wird, bei allem quaſicaſtrenſiſchen Vermögen ſowie in Anwendung auf Veteranen bei den bona castrensia (§ 1). Allein in Anküpfung hieran wird bemerkt:

— Si enim patronus adversus res, quas libertus ejus ex castris quaesivit sui juris indubitanter constitutus, etsi praeteritus fuerit ab ingrato liberto, tamen contra ejusmodi peculium contra tabulas bonorum possessionem non habet secundum veterem legum sanctionem, quemadmodum oportet praefata peculia, quae ad instar castrensis peculii introducta sunt, de inofficioso querellae esse supposita?

Der Zweifel, welcher durch dieſe Aeußerung angeregt wird, iſt dieſer. Die Querel findet auch bei den bona castrensia der Veteranen nicht ſtatt; ebenſo iſt die dem quaſicaſtrenſiſchen Vermögen

gegenüber der Querel ertheilte Vergünstigung nicht auf die Dauer des Amts oder der öffentlichen Function des Inhabers zu beschränken. Nun vergleicht aber offenbar Justinian das in Ansehung der Querel geltende Recht mit der Ausschließung der bon. poss. contra tabulas des Patrons: spricht das nicht gegen unsre obige Annahme, welche für diese Ausschließung eine andre Zeitgrenze behauptet, als die oben genannte, bei der Querel vorliegende? Ich glaube nicht, daß dieses Bedenken Recht hat. Der Nachdruck fällt bei der L. 37 § 1 C. cit. auf die Bestimmung, daß Verfügungen über die bona quasi-castrensia (ein Ausdruck, unter welchem Justinian auch das castrense des Veteranen begreift) der civilen Pflichttheilsklage überhaupt nicht unterliegen sollen, auch tritt die Ausdehnung dieses Vorrechts über das Ende des betreffenden Amts wie der öffentlichen Function hinaus in den Worten der Stelle nicht hervor. Demnach stand Nichts entgegen, auf den Grundsatz des patronatischen Pflichttheilsrechts Bezug zu nehmen: eine nicht geringe Verwandtschaft mit diesem Satze lag ja doch immer vor, auch wenn die von uns behauptete Verschiedenheit rücksichtlich der zeitlichen Ausdehnung des Privilegs bestand.

Es ist hiernach daran festzuhalten, daß dem Patron wie dem parens manumissor die bon. poss. contra tabulas nur versagt wurde, wenn der Inhaber des castrensischen Vermögens als Soldat testirt hatte und als solcher oder doch vor Ablauf des ersten Jahres nach der Verabschiedung gestorben war[19]). Die hierin ausgeprägte Regel ist demnach dem unter II hervorgehobenen Satze an die Seite zu stellen, daß die Inofficiositätsquerel beim Soldatentestament nicht Platz greift.

Noch ist bezüglich des prätorischen Rechtsinstituts ein Zweifaches hervorzuheben. Zunächst behauptet die prätorische Pflichttheilsberechtigung ihre Geltung bei allem Erwerb, den der als Soldat testirende Freigelassene oder Emancipirte neben dem castrensischen Vermögen besitzt. Dieser Satz wäre schon dann festzuhalten, wenn er sich nicht aus den Quellen nachweisen ließe: es müßte doch erst gezeigt werden, daß das Pflichttheilsrecht auch auf diesem Punkte außer Anwendung bliebe. Aber während dafür kein Zeugniß spricht, liegt ein

[19]) Diese Ansicht findet sich schon bei *Retes*, de castr. peculio (in *Meermann*, thesaur. VI S. 251 f.). Gegen dieselbe Fitting S. 216 Anm. 2, dessen Gründe durch die Ausführung im Text widerlegt sein dürften.

poſitiver Beweis für die Anwendbarkeit der bon. poss. contra tabulas in der oben erörterten l. 42 § 1 D. de bon. libert. 38. 2. Gegenüber dem auf das caſtrenſiſche Vermögen Eingeſetzten verſagt Papinian die bonor. possessio, rückſichtlich des übrigen Nachlaſſes aber gilt ſie ihm unzweifelhaft zuläſſig, er verlangt nur Antretung der gerufenen Erben[20]). Abgeſehen davon prägt ſich ja auch in den ſämmtlichen beſprochenen Zeugniſſen über den Satz beim caſtrenſiſchen Vermögen, zumal in dem zweimaligen Hinweiſe auf das Reſcript des Pius bezüglich des Hausſohns, der Gedanke aus, daß hier ein regelwidriger Rechtsſatz gegeben ſei. Daher muß außerhalb der Grenzen deſſelben das jus commune des patronatiſchen Pflichttheilsrechts Anwendung finden. — Ein zweiter Satz iſt völlig ſelbſtverſtändlich und nur um des Gegenſatzes willen zu erwähnen: die bon. poss. contra tabulas findet keine Anwendung auf einen als Hausſohn letztwillig verfügenden Soldaten, der Prätor fordert zur Begründung der dem parens zugeſtandenen Pflichttheilsberechtigung Entlaſſung des Kindes aus der väterlichen Gewalt[21]).

Soviel vom Pflichttheilsrecht der bon. poss. contra tabulas. Mehr Bedeutung hat die Frage nach der Zuläſſigkeit der *querella inofficiosi testamenti* beim peculium castrense. Ich gehe zunächſt auf den Fall ein, wo der Erblaſſer Hausſohn war: zu beſtimmen iſt hier, da doch das Soldatenteſtament nicht mit der Querel anzufechten iſt, ob das auf das caſtrenſiſche Vermögen bezügliche Teſtament eines Hausſohns, der als Soldat letztwillig verfügt, dann aber erſt nach Ablauf des Jahres ſeit der Entlaſſung ſtirbt, oder der als Veteran teſtirt, der civilen

---

[20]) Vergl. Fitting S. 215 f.

[21]) Aus dieſer rechtlichen Lage des Hausſohns will Fitting (S. 228) die im Text erörterte Regel über das peculium castrense des Emancipirten erklären: weil das Hauskind in ſeinem Teſtament über ein ſolches Vermögen den Gewalthaber nicht zu berückſichtigen brauchte, ſoll Pius zur Beſeitigung der Rechtsungleichheit auch in Anwendung auf den Emancipirten die bon. poss. contra tabulas abgeſchnitten haben. (Vergl. l. 30 D. de test. mil. 29. 1. l. 1 § 4 D. si a parente 37. 12). So anſprechend der Gedanke bei erſter Betrachtung iſt, ſo hindert uns doch das gleiche Recht in Anſehung der patronatiſchen Pflichttheilsberechtigung, uns denſelben anzueignen. Da Letztere das Muſter für die bonor. possessio des parens manumissor war, ſo wird ſich auch der Satz über das peculium castrense zuerſt bei ihr gebildet haben; er wurde dann wohl von da aus durch Pius auf das Rechtsverhältniß des Emancipirten übertragen.

Pflichttheilsberechtigung des Vaters gerecht werden muß. Die Frage iſt auch heutzutage noch beſtritten, ſie wird ohne Einſchränkung bejaht von Francke[22]), ebenſo uneingeſchränkt verneint von Mühlenbruch[23]); im Gegenſatz zu beiden Schriftſtellern unterſcheiden wir mit Fitting[24]) ſo: bis auf Juſtinian's l. 37 C. de inoff. test. 3. 28 fand die Querel ſtatt, dieſe Conſtitution hat ſie beſeitigt.

Angeſichts der gründlichen Ausführungen von Fitting, von denen wir nur bei der Behandlung einzelner Ausſprüche der Quellen abweichen, dürfen wir die Ausführung jenes Satzes in den meiſten Punkten knapp halten. Gegen die Möglichkeit einer Querel des Gewalthabers darf vor Allem nicht geltend gemacht werden, daß zur Zeit der claſſiſchen Juriſten eine geſetzliche Erbfolge in das caſtrenſiſche Vermögen eines Hausſohns nicht beſtand, während doch das Querelrecht geſetzliche Erbberechtigung vorausſetzt[25]). Sicher gebührte jenes Vermögen dem Inhaber der väterlichen Gewalt, ſobald das Kind nicht von ſeiner Teſtirbefugniß Gebrauch gemacht hatte, und in dieſem Heimfall jure peculii durfte man mit eben ſo vielem Recht die Grundlage eines Anſpruchs wegen liebloſer letztwilliger Verkürzung erblicken, wie ſonſt in der geſetzlichen Erbberechtigung. Daß die Römer ſo dachten, beweiſt ſchlagend die von Fitting (S. 235) herangezogene l. 18 D. ad leg. Falc. 35. 2: Pius gewährt dem Vater gegenüber dem ihm vom Hauskinde durch Inteſtatcodicill rückſichtlich des caſtrenſiſchen Vermögens auferlegten Erbſchaftsvermächtniß die Falcidiſche Quart; er läßt ſich nicht durch das von ihm berührte Bedenken beirren, daß das Falcidiſche Geſetz Erbberechtigung vorausſetzt[26]).

Noch weniger Bedenken verurſacht die ſchon oben (S. 576) berührte allgemeine Aeußerung des Marcellus in l. 10 D. de castr. pec. 49. 17[27]). Hätte man auch wirklich bei den Worten „nec patribus aliquid ex castrensibus bonis — deberi“ nicht an die bon. poss. contra tabulas, ſondern an die Querel zu denken, ſo würde doch eine Anwendung des Ausſpruchs auf die uns hier intereſſirenden Fälle,

---

[22]) Recht der Notherben S. 446—450.

[23]) Band **36** S. 196—218.

[24]) A. a. O. § 33 (S. 229—234).

[25]) Auf dieſes Argument legt Mühlenbruch Gewicht. (S. 205).

[26]) l. 1 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2.

[27]) Vergl. Mühlenbruch S. 198 f.

insbeſondere auf das Teſtament eines Veteranen, auf das der Ausdruck der l. 10 cit. noch am erſten paſſen würde, nur dann veranlaßt ſein, wenn wir für jene Fälle gar keine Entſcheidung beſäßen. Eine ſolche bietet uns aber gewiß Ulpian in l. 1 § 6 D. si a parente 37. 12:

Patrem autem accepta contra tabulas bonorum possessione et jus antiquum, *quod et sine manumissione habebat*, posse sibi defendere Julianus scripsit: nec enim ei nocere debet, quod jura patronatus habebat (habeat? *Ad. Schmidt* et *ed. Momms.*), cum sit et pater.

Daß hier mit dem Ausdruck „jus antiquum“ die Querel gemeint iſt, wurde ſchon im § 34 unter B. ausgeführt (S. 246). An gegenwärtiger Stelle kommt für uns in Betracht, daß der Juriſt dem Vater auch für die Zeit vor der Emancipation die Querel gegen das Teſtament des Hauskinds zuſchreibt („jus antiquum, quod et sine manumissione habebat“); als Gegenſtand der letztwilligen Verfügung aber hat man ſich dabei das caſtrenſiſche Vermögen zu denken. Ferner fällt unmöglich unter Ulpian's Ausſpruch das Soldatenteſtament, bei dem doch die Querel nicht ſtatt hat: demnach muß die Aeußerung auf eben die Fälle bezogen werden, welche den Gegenſtand der gegenwärtigen Unterſuchung bilden.

Weiter nehme ich keinen Anſtand, das folgende Reſcript von Diocletian und Maximian — l. 24 C. de inoff. test. 3. 28 — als Beweis für die hier vertheidigte Anſicht zu benutzen:

Testamentum militis filii familias in castrensi peculio factum neque a patre neque a liberis ejus per inofficiosi querellam rescindi potest.

Das „militis filii familias“ begründet einen Schluß vom Gegentheil dafür, daß die Kaiſer beim Teſtament eines Veteranen die Querel nicht verſagt haben würden. Wenn Mühlenbruch auf die Unzuverläſſigkeit eines ſolchen Schluſſes bei einem kaiſerlichen Reſcript verweiſt[28]), ſo läßt die knappe und klare Faſſung grade der vorliegenden Entſcheidung den Einwurf ungerechtfertigt erſcheinen. Uebrigens findet auch Fitting (S. 237) den aus der Stelle zu ziehenden Beweis wegen des „neque a liberis“ nicht völlig untadelhaft; er deutet auf die Möglichkeit hin, daß in dem vorgelegten Falle der

[28]) So Mühlenbruch 35 S. 209.

Testator gewaltfrei gewesen, und daß hierdurch allein der Zweifel veranlaßt war, den das Rescript erledigen wollte. Daran läßt sich jedoch nach meiner Ueberzeugung nicht denken. Nicht allein wäre es unter solcher Voraussetzung auffällig (so Fitting selbst), daß das Rescript ein so wichtiges thatbestandliches Moment unterdrückt hätte: völlig unverständlich müßte man es finden, wie der Testator so gradehin als miles *filius familias* bezeichnet werden konnte. — Zur Erklärung des „neque a liberis" benutze ich eben so wenig mit Fitting den Gedanken einer Interpolation, die mit Rücksicht auf die spätere veränderte Stellung des castrensischen Vermögens zur gesetzlichen Erbfolge[29]) bewirkt wäre: hätte man interpolirt, so wäre wohl auch der fratres (Anm. 29) gedacht worden. Ist es denn so auffällig, daß ein Privater um Belehrung darüber nachsuchte, ob nicht der zur Errichtung eines Testaments berechtigte Haussohn seine Kinder, die doch trotz der ihm mangelnden väterlichen Gewalt die nächsten Verwandten waren, im Testament bedenken müsse?

Ich komme noch einmal auf das aus der Stelle zu ziehende argumentum a contrario zurück. Der Schluß ist freilich nicht berechtigt, daß gegen das Testament eines nach dem Ausscheiden aus dem Kriegsdienste testirenden Haussohns die Querel *et* patri *et* liberis zustehe. Aber bestimmt ist zu schließen, daß einem von diesen Verwandten Pflichttheilsberechtigung gegen das Testament eines solchen Veteranen zukommen müßte. Nun können dies die Kinder gewiß nicht sein, da sie keinerlei Anrecht auf das Vermögen haben, wenn ihr in väterlicher Gewalt stehender Vater ohne Testament stirbt; demnach ist nur an eine Berechtigung des Vaters zu denken und diese ist begründet, da demselben in dem bezeichneten Falle das Vermögen jure peculii zufallen müßte.

Das gewonnene Ergebniß scheint in Frage gestellt zu werden durch die l. 8. § 3 D. de inoff. 5. 2; indessen hoffe ich zu zeigen, daß die Stelle in Wahrheit unsrer Ansicht kein Hinderniß bereitet. Zur Vorbereitung ist aus der unten folgenden Erörterung über l. 37. C. d. inoff. test. 3. 28. der Satz vorwegzunehmen, daß durch diese Verordnung Justinian's auch das Testament eines als Veteran

[29]) pr. J. quib. non est perm. 2. 12: — si vero intestati decesserint, *nullis liberis vel fratribus superstitibus*, ad parentes eorum jure communi pertinebit (sc. castrense peculium). Dazu Theophil. ad h. l.

teſtirenden Hausſohns über das caſtrenſiſche Vermögen der Querel unzugänglich gemacht wurde.

In der erwähnten l. 8 § 3 D. h. t. berichtet Ulpian, der offenbar zuſtimmt:

Papinianus libro secundo responsorum ait *contra veterani patris familias testamentum* esse inofficiosi querellam, etsi ea sola bona habuit quae in castris quaesierat.

In dieſem Ausſpruche findet die Anſicht, welche ſchon für das claſſiſche Recht die Querel auch bei dem nach beendigtem Kriegsdienſt von einem Hauskinde errichteten Teſtament über das castrense peculium verſagt, grade ſo einen ihr günſtigen Beweis vom Gegentheil, wie ein ſolcher oben von uns aus l. 24 C. eod. gezogen wurde[30]). Man verweiſt dabei auf Bas. **39.** 1. 8 schol. 7, wo in der That der Schluß vom Gegentheil gemacht wird[31]). Indeſſen iſt das Scholium für die geſchichtliche Frage unerheblich, da es ſich zur Begründung lediglich auf die oben erwähnte l. 37 C. eod. von Juſtinian bezieht.

Selbſt Fitting aber geſteht zu, daß die l. 8 § 3 cit. mittelbar die Querel gegen das Teſtament eines veteranus filius familias für unſtatthaft erkläre; er nimmt deshalb an, das Wort „patris familias" ſei von den Compilatoren mit Rückſicht auf die l. 37 C. cit. eingeſchoben[32]). Allein ſo leicht an ſich eine Interpolation denkbar iſt, ſo erſcheint doch die von Fitting angedeutete Aushülfe ungenügend. Der Schlußſatz „etsi ea sola bona habuit, quae in castris quaesierat" weiſt ja vom Standpunkt des Pandektenrechts deutlich auf einen paterfamilias als Erblaſſer hin, und daß dieſer ganze Satz einen ſpäteren Zuſatz bilden ſollte, iſt nicht wohl glaublich, er ſcheint nach Gedanken und Ausdruck der claſſiſchen Zeit anzugehören. — Weiter könnte man unſre Stelle als eine Spur des Streits unter den römiſchen Juriſten über die Anfechtbarkeit des Veteranenteſtaments betrachten wollen, — eines Streits, deſſen Daſein unten bei der Beſprechung der l. 37 C. de inoff. test. 3. 28 aufgezeigt werden wird. Aber auch dieſe Erklärung verbietet ſich, wenn man berückſichtigt, daß

[30]) Vergl. Mühlenbruch a. a. O. S. 207 f.

[31]) Εἰ γὰρ ὑπεξούσιος ἦν καὶ ἐπὶ τοῦ καστρησίου πεκουλίου διέθετο, οὐχ ὑπέκειτο δεινοφικίοσο, ὡς ἀνήνεκται βιβ. γ'. τοῦ κώδικος (καὶ) τιτ. κή. διατάξει τελευταία (est l. 37 C. cit.).

[32]) Fitting S. 238. 243.

l. 8 § 3 cit. aus demſelben Werk Ulpian's herrührt, welchem die oben beſprochene, die Querel des Vaters gegen den letzten Willen des Hausſohns zulaſſende l. 1 § 6 D. si a parente 37. 12 angehört[33]).

Ich meine, auch wie die l. 8 § 3 cit. jetzt lautet, verleiht ſie der gegneriſchen Anſicht keine Stütze. Ulpian's Darſtellung bewegt ſich, wie der Inhalt ſeiner voraufgehenden Bemerkungen in l. 1. l. 6. l. 8. pr. § 1. 2 D. eod. zeigt, im Eingang der Lehre von der Querel. Wenn hier der Juriſt einen Fall heranzieht, in welchem eine letztwillige Verfügung über den caſtrenſiſchen Erwerb anzufechten iſt, ſo denkt er an die Querel in ihrer regelmäßigen Erſcheinung, wonach ſie ſich gleichmäßig allen Pflichttheilsberechtigten — den Kindern, Eltern und Geſchwiſtern — darbietet. Eben darum wird vom teſtirenden paterfamilias geſprochen. Deshalb will der Juriſt gewiß nicht beſtreiten, daß ein einzelner Notherbe, der Inhaber der väterlichen Gewalt, auch das Teſtament des Hausſohns über daſſelbe Vermögen umſtoßen könne; nur hat dieſer Fall eine ſo exceptionelle Natur, daß er von Ulpian in dem beſchriebenen Zuſammenhange ſeiner Ausführungen unberückſichtigt gelaſſen werden konnte. In ähnlichem Sinn wird Papinian, aus welchem Ulpian ſchöpft, die Frage beſprochen haben.

Ich komme zu der von Juſtinian mit l. 37 C. de inoff. test. 3. 28 begründeten Veränderung des dargeſtellten Rechts. Damit begegnet uns zugleich eine Vorſchrift über die Behandlung der Querel bei den quaſi-caſtrenſiſchen Peculien. Dieſe ſind daher in die folgende Darſtellung mit aufzunehmen. Der Inhalt der Conſtitution iſt dieſer[34]). Im Eingang berührt Juſtinian das Privilegium des Soldatenteſtaments in Anſehung der Querel, ſodann die Eintheilung der Peculien in ein paganum, castrense und quasi-castrense; demnächſt bemerkt er: beſtimmten Inhabern eines quasi-castrense peculium ſei die Befugniß gewährt, nach gemeinem Recht zu teſtiren, — nach dem gleichen Recht aber dürfen auch Veteranen über das während

[33]) Beide Stellen gehören dem Edictscommentar an: die l. 8 § 3 cit. dem 14. Buche, die l. 1 § 6 cit. dem 45. Buche.

[34]) Ausführlich beſprochen iſt das Geſetz in neuerer Zeit von Mühlenbruch 35 S. 210—215, Fitting S. 238—242; auch handelt von ihm Francke S. 446—450. Zu verbinden iſt mit der Stelle l. 12 C. qui testam. 6. 22.

des Kriegsdienstes erworbene Peculium verfügen. Hieran knüpft der Kaiser die folgende auf den Zweck seines Gesetzes bezügliche Aeußerung: *In his itaque omnibus quasi castrensibus peculiis* dubitabatur, si contra hujusmodi testamenta de inofficioso querellam extendi oportet. —

Ohne Frage läßt sich dem ganzen Gesetz eine klare Sprache nicht nachrühmen; der soeben mitgetheilte Satz aber würde gradezu außer allem logischen Zusammenhange mit den voraufgeschickten Aeußerungen stehen, wenn man sich nicht dazu entschließen wollte, dem vom Kaiser gebrauchten Ausdrucke „quasi castrensia peculia" den weiten Sinn zu geben, wonach er auch das in den Händen eines Veteranen befindliche castrensische Vermögen begreift[35]).

Ehe nun jener Streitpunkt wegen der Querel erledigt wird, geht das Gesetz auf die Frage nach dem Umfange der Testirberechtigung ein. Es wird gesagt, eine solche sei allgemein den Soldaten und Veteranen in Ansehung ihres castrensischen Vermögens gewährt; dagegen sei nicht allen Besitzern eines quasi-castrensischen Peculium die gleiche Vergünstigung ertheilt, und eben bei Denen, welche sich nicht auf ein besonderes Privilegium berufen könnten (den Advokaten u. s. f.), sei die Testirbefugniß streitig.

Soviel die im Principium gegebene Einleitung; die eigentliche Anordnung des Gesetzes schließt sich in den §§ 1 und 2 an. Für alle Besitzer eines peculium quasi-castrense, „wie solches dem castrensischen Vermögen nachgebildet ist", wird im § 1 die Befugniß anerkannt, in regelmäßiger Weise über das Peculium zu testiren. Zugleich wird ihnen das Vorrecht gewährt (hoc nihilominus eis addito privilegio), daß ihre Testamente nicht mit der Querel angefochten werden können. Der Gesetzgeber verweist, wie schon früher bemerkt wurde, zur Begründung seiner Anordnung auf den Satz, daß auch eine bon. poss. contra tabulas des Patrons gegen das Testament des Freigelassenen über die bona castrensia nicht stattfindet: in gleicher Weise sollen nun auch die erwähnten, *ad instar castrensis peculii* eingeführten Peculien der Querel entzogen sein.

Vorhin wurde hervorgehoben, daß das Principium unter dem Ausdruck „quasi castrensia peculia" auch das castrensische Vermögen der Veteranen umfaßt: in Uebereinstimmung damit hat man die

[35]) Dafür Mühlenbruch a. a. O. S. 200 Anm. 49. S. 11 f. bei Anm. 77. Fitting S. 239 Anm. 11.

im § 1 getroffene Ausnahmsbestimmung rücksichtlich der Querel auch auf diesen Fall zu beziehen. Uebrigens würde sich dieses Resultat selbst dann ergeben, wenn jene Auslegung des Principium zu verwerfen wäre; dasselbe müßte aus dem § 1 allein gezogen werden. Der Kaiser hebt zweimal nachdrücklich hervor, das castrensische Vermögen sei das Muster des quasi-castrensischen: offenbar will er neben der nunmehr an beide Vermögen geknüpften Testirbefugniß für Beide gleiches Recht gegenüber dem Pflichttheilsanspruch schaffen. Außer Zweifel aber ist, daß die Bestimmung über das quasi-castrensische Peculium wirksam wird, mag immer der Inhaber nach niedergelegtem Amt oder beendigter öffentlicher Function testiren: folgeweise ist in Justinian's Sinne zu sagen, daß auch die letztwilligen Verfügungen des Veteranen über den castrensischen Erwerb dem Pflichttheilsrecht entzogen bleiben sollen.

In der Ausdehnung, welche hier der in l. 37 C. cit. ertheilten Vorschrift beigelegt ist, wird die Verordnung schon von Donellus (comment. XIX. 5.) genommen; von den Neueren sind dieser Ansicht Mühlenbruch und Fitting beigetreten[36]). Doch verkennt Mühlenbruch, daß Justinian für das Veteranentestament neues Recht in Ansehung der Querel schaffen will. Allerdings kann man nicht umhin, die Erwähnung früherer Meinungsverschiedenheiten im Principium auch auf dieses Testament zu beziehen: aber die oben erörterten l. 1 § 6 D. si a parente 37. 12, l. 24 C. de inoff. test. 3. 28 berechtigen zu der Annahme, daß die herrschende Lehre sich für die Möglichkeit einer Querel des Vaters erklärt hatte.

Zu erwähnen ist schließlich der vom § 2 des Gesetzes ausdrücklich eingeschärfte Satz: das Vorrecht in Ansehung der Querel erlischt mit dem Austritt des Peculieninhabers aus der väterlichen Gewalt, das Peculium wird damit Theil des Gesammtvermögens.

Bisher suchten wir festzustellen, inwiefern das Testament eines Haussohns über die bona castrensia (und quasi castrensia) der Querel

[36]) Wenn Francke nach dem Vorgang älterer Schriftsteller (bei ihm genannt S. 447 Anm. 15) die l. 37 cit. ausschließlich auf das peculium quasi castrense im gewöhnlichen Verstande bezieht, so nimmt er auf den oben mehrfach betonten Sprachgebrauch im Principium keine Rücksicht; er übersieht auch, weil er die dispositiven Worte streng vom sonstigen Inhalt des Gesetzes sondert, den engen Zusammenhang, in welchen das Gesetz das peculium quasi castrense mit dem castrense bringt.

zugänglich ist. Dabei ist gelegentlich schon das Material der Quellen für die weitere Frage berührt, ob letzterer Anspruch zugelassen wird, wenn eine von der väterlichen Gewalt befreite Person ein Testament über die zum peculium castrense gehörig gewesenen Güter errichtet, welches an den Vergünstigungen des Soldatentestaments nicht Theil hat. Die Querel wird hier für die Zeit der classischen Jurisprudenz bezüglich der castrensischen Vermögensstücke zugestanden in der oben besprochenen l. 8 § 3 D. de inoff. 5. 2; eben so bestimmt verleiht sie Justinian in l. 37 § 2 C. eod. in Anwendung auf die bona quasi castrensia.

Als zur Querel berechtigt erscheinen in diesem Falle begreiflich die nächsten gesetzlichen Erben, denen Pflichttheilsberechtigung zukommt. Unter diesen steht in der ersten Kaiserzeit in der ersten Stelle hinter den liberi der parens manumissor. Von der Berechtigung des Letzteren zur Querel wurde schon im § 34 unter B. (S. 244 ff.) gehandelt: auf das dort Gesagte ist hier Bezug zu nehmen.

IV. Veränderungen durch die Novellen 115 und 118. Rücksichtlich des Einflusses der Nov. 115 auf die unter I bis III betrachteten Lehren ist man heutzutage auf den wichtigsten Punkten einig. Für die Behandlung des Pflichttheilsrechts der Verwandten beim castrensischen und quasicastrensischen Vermögen gewährt das Gesetz selbst einen bestimmten Anhalt. Bei Regelung des Notherbenrechts der Eltern bestimmt Kap. IV, das ich zu dem betreffenden Theile um des Folgenden willen im griechischen Text hier einrücke: — *Θεσπίζομεν τοίνυν μὴ ἐξεῖναι τοῖς παισὶ τοὺς ἰδίους γονεῖς* praeteritos *καταλιμπάνειν ἢ καθ' οἱονδήποτε τρόπον τῶν ἰδίων πραγμάτων, ἐν οἷς ἐξουσίαν ἔχουσι διατίθεσθαι, τούτους παντελῶς ἀλλοτρίους ποιεῖσθαι* —.

Das „*ἐν οἷς ἐξουσίαν ἔχουσι διατίθεσθαι*" deutet unverkennbar auf die in der Testirfähigkeit beschränkten Hauskinder hin, damit auf Verfügungen über die vorhin erwähnten Peculien: demnach verleiht die Novelle auch in dieser Anwendung unter Beseitigung der Bestimmungen in l. 37 C. de inoff. test. 3. 28 den Ascendenten die vollen notherbrechtlichen Ansprüche. In Kap. III, welches die Bestimmungen wegen des Notherbenrechts der Descendenten enthält, findet sich zwar eine ähnliche Wendung nicht[37]); aber die stärkere

[37]) Wenn c. III sagt: — μὴ ἐξεῖναι παντελῶς πατρὶ ἢ μητρὶ — τὸν ἴδιον υἱὸν ἢ θυγατέρα ἢ τοὺς λοιποὺς παῖδας καταλιμπάνειν κ. τ. λ., so ist aus dem

Natur der descendentischen Berechtigung macht die Uebertragung der Anordnung im Kap. IV völlig unbedenklich. — Für die Richtigkeit des in solcher Weise aus der Nov. 115 selbst gezogenen Ergebnisses zeugt Nov. 123 Kap. 19. Das Gesetz bestätigt die den Geistlichen rücksichtlich des pecul. quasi-castrense gewährte Testirbefugniß, fügt aber hinzu, daß den Kindern des Erblassers und in Ermangelung solcher den Eltern der Pflichttheil zugewendet werden müsse. Glück[38]) meint zwar, diese Anordnung der Nov. 123 als Beweismittel gegen die obige Auslegung der Nov. 115 verwenden zu können: die Bestimmung des neuen Gesetzes wäre nach ihm überflüssig gewesen, wenn schon die Nov. 115 die ihr zugeschriebene Vorschrift getroffen hätte. Allein dieser Bemerkung hat man treffend die Einleitung der Nov. 123 entgegengehalten[39]): Justinian bezeichnet es hier als den Zweck der Novelle, die in einer Reihe von Gesetzen zerstreut vorliegenden Vorschriften für den geistlichen Stand in einer einzigen Verordnung zu vereinigen; er hat also den Satz das Kap. 19 lediglich aus der Nov. 115 herüber genommen.

Für die dargestellten Grundsätze hat sich seit lange die herrschende Lehre entschieden[40]). Bestritten aber ist grade heutzutage die Ausdehnung dieser Sätze auf die Geschwister. Francke macht geltend (S. 452), daß Letzteren nirgends die in l. 37 C. de inoff. test. 3. 28 allgemein für die Peculien abgeschaffte Querel gestattet worden sei, und daran hat man in der That festzuhalten. Fitting (S. 363) will es zwar als die eigentliche Meinung der Nov. 115 angesehen wissen, daß der durch die l. 37 C. cit. eingeführte Grundsatz

---

παιτελῶς schwerlich etwas für unsere Frage zu entnehmen. Das Wort findet sich grade so in c. 4., hier aber neben der auf die Peculien bezüglichen Aeußerung. Anders Mühlenbruch S. 218. Fitting S. 362 z. A.

[38]) Commentar VII S. 487. — Wegen der (auch von Glück getheilten) Ansicht, daß an dem durch die l. 37 C. h. t. 3. 28 geschaffenen Recht in Ansehung des castrensischen wie quasi-castrensischen Vermögens durch die Nov. 115 nichts geändert sei, finden sich die Nachweise bei Glück und Fitting an den in Anm. 40 zu bezeichnenden Stellen.

[39]) Fitting S. 362.

[40]) Reichhaltige Nachweise bei Fitting S. 360 f. in Anm. 2, womit zu verbinden Glück a. a. O. S. 486 Anm. 68, S. 488 Anm. 70. — Ueber die Folgen einer Verletzung der notherbrechtlichen Vorschriften in Anwendung auf die in Frage stehenden Peculien (Fitting S. 364) läßt sich in Wahrheit bei der Art, wie diese selbst in der Novelle erwähnt werden, nicht zweifeln.

überhaupt wieder wegfallen ſolle; aber an den kärglichen, im Novellenrecht vorliegenden Aeußerungen findet dieſe Auffaſſung keinen Anhalt. Der Nov. 115 legt die heutige Wiſſenſchaft mit vollem Recht die Abſicht unter, nur das Notherbenrecht für Kinder und Eltern zu regeln. Nun wird im Kap. IV die Vorſchrift in Anſehung der Peculien nur bezüglich der Erbberechtigung der Eltern ertheilt, ihre Ausdehnung auf die Kinder iſt erſt auf dem Wege eines Schluſſes aus deren vorzugsweiſer Erbberechtigung zu begründen: wie ſoll ſich danach eine Ausdehnung jener Vorſchrift über das erwähnte Gebiet der Nov. 115 hinaus rechtfertigen laſſen? Noch mehr ſpricht gegen Fitting die Nov. 123: ſie lautet deutlicher als die Nov. 115, indem ſie auch den Kindern — dieſen vor den Eltern — den Pflichttheil wahrt. Iſt es danach nicht bezeichnend, daß auch dieſes Geſetz die Geſchwiſter unberückſichtigt läßt?

Sehr einfach beſtimmt ſich ferner der Einfluß des Novellenrechts auf die im Eingang von III erwähnte bon. poss. contra tabulas des Parens Manumiſſor und des Patrons gegenüber dem Teſtament, welches der Emancipirte wie der Freigelaſſene als im activen Dienſt ſtehender Soldat über das in castris erworbene Vermögen errichtet. Die prätoriſche Pflichttheilsberechtigung des *parens manumissor* iſt weggefallen: dieſer Satz iſt zwar nicht ſchon in ſeiner ganzen Ausdehnung aus der Nov. 115, aber er iſt jedenfalls aus der Nov. 118 abzuleiten[41]). Für das dem heutigen Recht gleichfalls unbekannte Pflichttheilsrecht des Patrons enthalten die Novellen keine Beſtimmungen.

Uebrig bleibt die Frage nach dem Einfluß des Novellenrechts auf die Ausnahmsſtellung, welche das Soldatenteſtament vermöge der oben unter I und II erörterten Grundſätze gegenüber dem formellen wie materiellen Notherbenrecht einnahm.

Hier darf vor Allem nicht bezweifelt werden, daß der Satz, es finde gegenüber dem Soldatenteſtament keine querella inofficiosi testamenti ſtatt, auf die den Kindern und Eltern nach Nov. 115 gebührende Pflichttheilsberechtigung zu übertragen iſt[42]). Aber

---

[41]) Vergl. § 32 unter III B. S. 223 f.

[42]) So Francke S. 452 f. und Mühlenbruch S. 217 f. Beide laſſen das Privilegium des Soldatenteſtaments ohne Einſchränkung fortbeſtehen; — ſo ferner Fitting S. 365: Letzterer weicht nur rückſichtlich des formellen Notherbenrechts in der im Text näher angegebenen Weiſe ab.

auch auf dem Gebiete des formellen Notherbenrechts läßt die gemeine Meinung das Vorrecht des Soldatentestaments fortbestehen. Dem entgegen hat Fitting[43]) eine ältere Ansicht hervorgezogen, wonach auch der auf dem Feldzuge testirende Soldat nur dann die Erbeseinsetzung von Kindern oder Eltern soll unterlassen können, wenn er einen gesetzlichen, auch beweisbaren Enterbungsgrund angibt.

Ich glaube, daß Fitting im Unrecht ist[44]). Seine Begründung ist diese. Vor der Nov. 115 waren auch Soldaten an das s. g. formelle Notherbenrecht gebunden. Da sie indessen keinerlei Form zu beobachten brauchten, und da es ferner nicht nöthig war, Gründe für eine Exheredation anzugeben, so mußte beim Soldatentestament die wissentliche Uebergehung eines Notherben für eine genügende Enterbung gelten. Seit der Nov. 115 aber muß jede Unterlassung der Erbeseinsetzung eines Notherben durch die Angabe eines gesetzlichen Grundes gerechtfertigt werden, und davon ist zu Gunsten der Soldaten keine Ausnahme gemacht. Folglich muß diese Vorschrift auch für Soldatentestamente gelten.

Soll bei dieser Ausführung auf das dem neuen Recht angehörige Erforderniß der Bezeichnung eines gehörigen Enterbungsgrundes der Ton gelegt werden, und so scheint es, so ist zu entgegnen, daß die gesetzliche Anforderung der Angabe eines Enterbungsgrundes Formvorschrift ist, daß aber auch vor der Novelle Formen bestanden, die den Soldaten nicht verpflichteten. Bis zur l. 4 C. de lib. praet. 6. 28 ließ man zwar bei gewissen Notherben ein exheredare inter ceteros genügen, aber schon damit war doch ein bestimmter Willensausdruck verlangt. Seit der l. 4 C. cit. dagegen mußte ohne Unterschied jeder Notherbe mit individueller Bezeichnung enterbt werden. Von diesen Vorschriften war ohne Zweifel der testirende Soldat befreit, da er bezüglich des letzten Willens von aller Form entbunden war. Ohne Zweifel muß ihn letzterer Umstand grade so von jener Formvorschrift der Novelle befreien.

Zu fragen ist hiernach nur noch, ob gegenüber einer im Soldatentestament vorliegenden Ausschließung geltend gemacht werden kann, daß es in Wahrheit an einem dem Novellenrecht ge-

[43]) A. a. O. S. 365 f.

[44]) Daß der von Fitting in Frage gestellte Punkt durch deutsches Gewohnheitsrecht festgestellt wäre, hat wohl mit seinen Angaben S. 365 f., Schluß von Anm. 5, nicht behauptet werden sollen; jedenfalls liegt dafür kein Beweis vor.

nügenden Ausſchließungsgrunde fehle, und daß deshalb die Erbeseinſetzung des Teſtaments zu beſeitigen ſei. Auch das muß verneint werden. Wenn im früheren Recht der Soldat einen Notherben enterbte, ſo konnte dieſer das Teſtament mit dem Vorwurf unverdienter Ausſchließung nicht angreifen: dieſer Vorwurf wäre nur auf dem Wege der Querel zu erheben geweſen, und gegen Letztere war das Soldatenteſtament geſichert. Grade ſo darf dann auch nach neueſtem Recht nicht vom Notherben angebracht werden, daß ſeiner Ausſchließung keiner der von Juſtinian in Nov. 115 Kap. 3 und 4 aufgeſtellten Ausſchließungsgründe zur Seite ſtehe.

In Carl Winter's Universitätsbuchhandlung in Heidelberg ist ferner erschienen:

Das

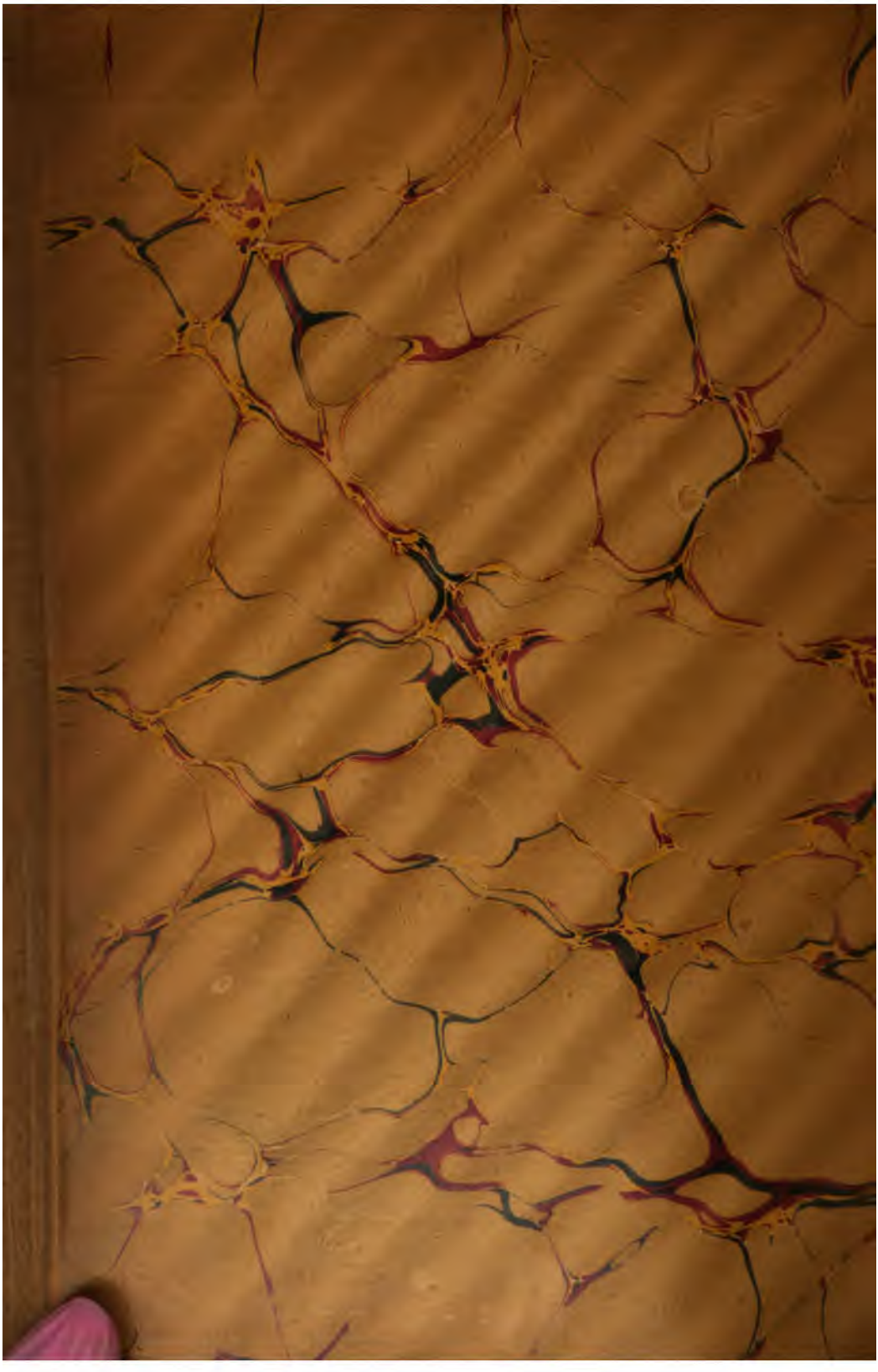
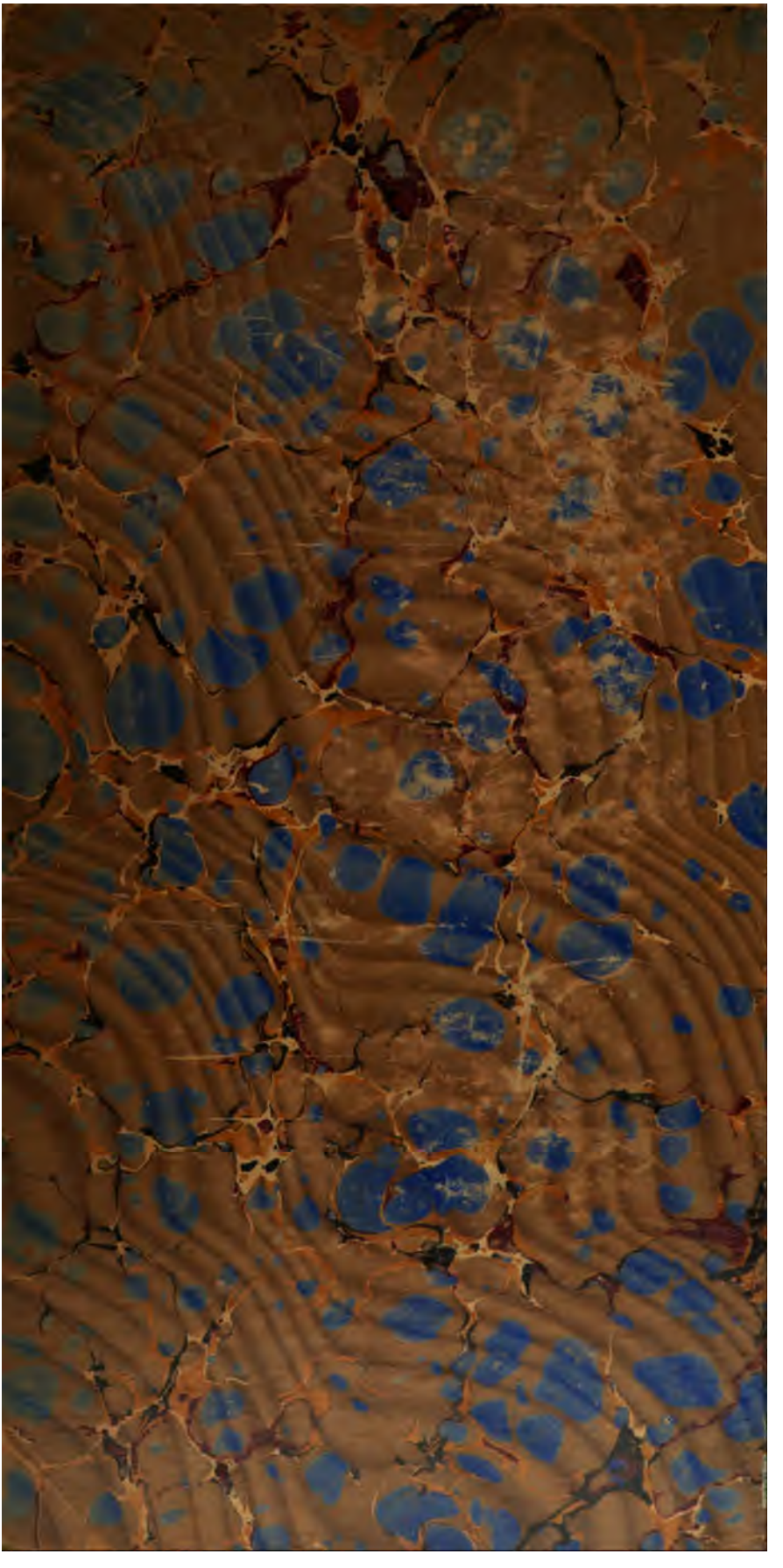
Commodum

bei

der Erbschaftsklage.

Von

Dr. Franz Schröder,
Privatdozent an der Universität Heidelberg.

1876. gr. 8°. brosch. 2 M.

C. F. Winter'sche Buchdruckerei in Darmstadt.